Der Begriff des Amtsträgers im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der juristischen Fakultät der Universität zu Breslau
vorgelegt von

Heinz-Dietrich Harenburg
Referendar.

1932

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen KG., Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Nagler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung. 1

I. Teil:

Die Entwicklung vom Beamten- zum Amtsträgerbegriff. 4

1. Der Beamtenbegriff des ALR. und des Staatsrechts. . 4
2. Die Entwicklung in Gesetzgebung und Rechtsprechung bis zum Reichsstrafgesetzbuch. 8
3. Die Entwicklung seit dem Reichsstrafgesetzbuch. . 14
   a) Die Gesetzgebung. 14
   b) Die Rechtsprechung und Rechtslehre. . . . 18
4. Das Entstehen des Amtsträgerbegriffes. . . . 24
5. Die Reform. 27

II. Teil:

Der Amtsträgerbegriff.

1. Amtsträgererscheinungen des Reichsstrafgesetzbuchs. . 29
2. Die Legaldefination des E. 31
3. Verwendung des Amtsträgerbegriffes im E. . . 35
4. Die Bestandteile der Legaldefinition. Allgemeines. . 39

A. Das öffentliche Amt.

   a) Verwendung dieses Begriffes im E. . . . 40
   b) Verwendung dieses Begriffes im geltenden Recht. . 46
   c) Der Amtsbegriff des E. 51

B. Die Bestellung zur Ausübung.

   a) Vorkommen und Sinn des Begriffes im geltenden Recht. 63
   b) Bedeutung im E. 68

III. Teil:

Vergleichende Betrachtung.

1. Der Amtsträgerbegriff des E. und die Amtsträger des geltenden Rechts. 77
2. Der Amtsträgerbegriff des E. und die Amtsträger der Rechtslehre. 82
3. Der Amtsträgerbegriff des E. und der Beamtenbegriff. 88

Zusammenfassende Schlußbetrachtung. . . . 105

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543117_0111

Literatur.

A. Entwürfe nebst Begründungen und Protokolle:

1. Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründungen; Berlin 1909.
2. Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung; Berlin 1911.
3. Entwurf der Kommission für die Reform des Strafgesetzbuches von 1913; veröffentlicht 1920.
4. Entwurf von 1919 nebst Denkschrift,
5. Amtlicher Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung; Berlin 1925 (Reichsratsvorlage).
6. Entwurf eines Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung; Berlin 1927 (Reichstagsvorlage).
7. Amtlicher Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz nebst Begründung; Berlin 1929.

Protokolle des:

32. Ausschusses, III. Wahlperiode 1924/28.
21. Ausschusses IV. Wahlperiode 1928.

B. Autoren:

Anschütz: Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919, 11. Auflage, 1929.

Arndt: In der juristischen Wochenschrift 1917 S. 726; 1918 S. 821; 1922 S. 807 u. 1027.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts; 8. Auflage.

Aschrott: In: Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, Berlin und Leipzig 1925.

Brand: Das Beamtenrecht, 3. Auflage.

Birkmeyer: Bestechung; In der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, 9. Bd.

Bohne: Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo und Elster, Art. Amtsdelikte.

Binding: Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil, Leipzig 1905.
— Das Amtsverbrechen und seine legislatorische Behandlung; im Gerichtssaal 64. Band S. 1—20.
— 4 Forderungen an das künftige Reichsstrafgesetzbuch und eine fünfte an die Motive seines Entwurfes; im Gerichtssaal 77. Band S. 1—21.
Braun: Die rechtliche Stellung der deutschen Reichsbahngesellschaft; Münchener Diss. 1926.
Bumke: Ministerialdirektor, in den Protokollen des 32. Ausschusses 45. Sitzung vom 12. Januar 1928 zu § 123 des E.
v. Bar: Die Reform des Strafrechts; im Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, 8. Band I. Abt.
Eckstein: Im Archiv des öffentlichen Rechtes, 27. Band S. 487—569, Tübingen 1911.
Ebermayer, Lobe, Rosenberg: Das Reichsstrafgesetzbuch (Leipziger Komm.) IV. Auflage 1929.
Ebermayer: In Stengleins Komm. zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des deutschen Reiches, 4. Aufl.
Engelmann: In v. Staudingers Komm. zum BGB. und EG. IV. Band; 9. Auflage.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich; 18. Auflage, 1931.
Friedrichs: Der Uebergang vom Angestellten- zum Beamtenverhältnis nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts und des Reichsgerichts; abgedruckt in: Der Kreisbeamte, Zeitschrift des Reichsverbandes deutscher Kreisbeamten 9. Jahrgang Nr 17.
Gerland: (Grundriß) Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin und Leipzig 1922.
— (Der Entwurf von 1925) Kritische Bemerkungen zum Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin und Leipzig 1925.
Goldschmidt: Widerstand gegen die Staatsgewalt, Verbrechen und Vergehen gegen die öffentliche Ordnung. In Aschrott — v. Liszt, Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, II. Band, Berlin 1910.
Hue de Grais: Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preußen und im deutschen Reich, 25. Auflage, Berlin 1930.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 5. u. 6. Aufl.
Hälschner: Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn 1887.
Haustein: Die Rechtsstellung der Reichsbahnbeamten im öffentlichen, insbesondere im Strafrecht. Abgedruckt in der: Zeitung des Vereins der deutschen Eisenbahnverwaltungen, LXV. Jahrgang S. 1140—1143.
Helfritz: In der jur. Wochenschrift 1928 S. 2142.
Heslenfeld: In der Leipziger Zeitschrift 1917 Nr. 6, S. 386, 387; 1917 Nr. 21/22 S. 1238, 1239; 1921 Nr. 12 S. 370.
Höpler: In Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, Berlin und Leipzig 1926.
Hochheiser: Der Beamtenbegriff im deutschen Reichsstrafrecht. Dortmund 1929.
Holl: Der Begriff des Beamten im strafrechtlichen Sinne: Erlanger Diss. 1907.
Hoffmann: In: Das Recht XVII. Jahrgang Nr. 2 S. 63, 64.
Hofacker: Die Reform des Strafgesetzbuches; Berlin, Stuttgart, Leipzig 1921.
Hubrich: Zur Auslegung von § 360 Ziff. 8 des Reichsstrafgesetzbuches; im Gerichtssaal 59. Band S. 326 ff.
Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht. In v. Liszt u. Kaskels „Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft." II. Aufl.
Kleinfeller: Verletzung der Amtspflicht; im Gerichtssaal 92. Band S. 336.
Kohlrausch: in Aschrott-Kohlrausch Reform des Strafrechts.
Kohler: In: Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen über den Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch; gefertigt im Reichsjustizamt; Berlin 1911.
Köhler: Studien zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, Nürnberg und Leipzig 1910.
Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 5. Auflage.
Lasinski: Die rechtliche Natur des Staatsdienstes; Breslauer Diss. 1913.
Loening: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts; Leipzig 1884.
v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin und Leipzig 1927.
Loewenfeld: In v. Staudingers Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch I. Band, 9. Aufl.

Mendelssohn-Bartholdy: Das räumliche Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes; in der vergleichenden Darstellung 6. Band S. 309 f.
— Das Strafgesetz; in Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts.
May: Die Amtsanmaßung; Tübinger Diss. 1905.
Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht; in Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft; München und Leipzig 1924.
Nawiasky: In der jur. Wochenschrift 1928 S. 2324.
Nagler: Die Teilnahme am Sonderverbrechen, Leipzig 1903.
— Die Widersetzlichkeit gegen die ausländische Staatsgewalt, Breslau 1931, Sonderabdruck aus der Festgabe der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät in Breslau für Paul Heilborn.
v. Oppenhoff: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich; 13. Aufl., Berlin 1896.
— Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals und Oberappellationsgerichts in Strafsachen.
v. Olshausen: Komm. zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl. Berlin 1927.
Puppe: Die Begriffe „Beamter" und „Amt" im Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich; Heidelberger Diss. 1908.
Preuß: Beamte, entwicklungsgeschichtlicher Ueberblick; im Handwörterbuch der Kommunalwissenschaften I. Band S. 313—321 Jena 1918.
Preiser: in Aschrott-v. Liszt, Reform des Strafgesetzbuches II. Band; Berlin 1910.
Plank: Das Bürgerliche Gesetzbuch und das Einführungsgesetz; 3. Aufl.
Petruschke: Die rechtliche Natur des Staatsdienstes; Breslauer Diss. 1913.
v. Roenne: Das Staatsrecht der Preuß. Monarchie; 3. Aufl.
Rosenberg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses; Berlin 1927.
Schwartz: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich (Kommentar); Berlin 1914.
Stier-Somlo: Im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Art. Beamte.
Schneider: Die rechtliche Natur des Offiziersdienstes in

Deutschland. Gießener Diss. 1906.
Schütze: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1874.
Schäfer: Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909—1927, Berlin 1927.
Triepel: Staatsdienst und staatlicher gebundener Beruf. Aus der Festschrift für Binding, Leipzig 1911.
v. Ullmann: Rechtsbeugung; in der vergleichenden Darstellung 6. Band S. 376 f.
Unzner: In Planks Komm. zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl.
Wachinger: Verbrechen und Vergehen im Amte; in der vergleichenden Darstellung 9. Band S. 193—307.
Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914.
Wach: Legislative Technik; in der Vergleichenden Darstellung 6. Band S. 20.
Wolfstieg: Im politischen Handwörterbuch von Jagow-Herre, Leipzig 1923.
Wunderlich: In den Protokollen des Strafrechtsausschusses (32. Ausschuß), 45. Sitzung zu § 123 des E.
Zorn: Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Berlin 1895.

C. Sammelwerke und Zeitschriften:

Juristische Wochenschrift, herausgegeben vom Deutschen Anwaltverein.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
Der Gerichtssaal.
Das Recht.
Zeitschrift für Selbstverwaltung.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Rechtsprechung des Königlichen Obertribunals und Oberappellationsgerichts in Strafsachen; herausgegeben von Oppenhoff.

Einleitung.

Im geltenden Strafrecht gehört der Begriff des Beamten zu den umstrittensten Problemen. Im scharfen Gegensatz stehen die Meinungen in Wissenschaft und Rechtsprechung einander gegenüber. Teils stellen sie mehr auf praktisch brauchbare Ergebnisse, teils mehr auf eine dogmatisch einwandfreie Grundlage ab, jedoch haben sie alle das eine gemeinsam: daß sie in ihren Konsequenzen fast alle nicht befriedigen. Diejenigen die zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führen, operieren teilweise mit dogmatisch unbefriedigenden Konstruktionen. Die andern aber werden den Bedürfnissen der Strafrechtpraxis nicht gerecht. Es wird versucht, derartige teils von der dogmatischen, teils von der praktischen Seite herrührende unerwünschte Konsequenzen, die aus einer verschiedenen prinzipiellen Einstellung entspringen, durch „Ausnahmen" oder „Einschränkungen" zu umgehen. Hierdurch wird zwar eine gewisse Annäherung in den praktischen Ergebnissen erreicht, die dogmatische Zersplitterung wird aber noch größer, denn diejenigen, die sonst von derselben grundsätzlichen Auffassung ausgehen, weichen in diesen Ausnahmen und Einschränkungen wieder voeinander ab. Einen großen Teil der Schuld daran, daß sich der Beamtenbegriff zu einem derartig umstrittenen Problem entwickeln könnte, trägt die ungünstige Fassung des § 359 StGB., auf dem der Beamtenbegriff des geltenden Strafrechts basiert. (Vergl. Holl Seite 2, Eckstein Seite 490: „§ 359 gibt Steine statt Brot"). Abgesehen davon, ist aber die dogmatische Zersplitterung ein Beweis dafür, daß der Beamtenbegriff selbst, so wie er sich entwickelt hat, und wie er im geltenden Strafrecht aufgefaßt wird, nicht auf einer einheitlichen Grundlage beruht, sondern verschiedene Elemente in sich vereint, sodaß es nicht möglich war, eine Formel zu finden, die gleichzeitig den dogmatischen u n d den praktischen Erfordernissen gerecht wird. Hier Abhilfe zu schaffen war also eine wirklich dankbare Aufgabe für die Strafrechtsreform. Die Wissenschaft hat es auch nicht an An-

regungen fehlen lassen, wie noch gezeigt wird. In der Tat verwenden der Entwurf 1925 und der Entwurf 1927 (von zwei noch zu besprechenden Ausnahmen abgesehen) nicht mehr den Ausdruck „Beamter", sondern sprechen von „Amtsträgern". Formell ist also eine Aenderung eingetreten. Das Ziel dieser Abhandlung ist, zu untersuchen, welchen Begriff insbesondere der Entwurf 1927 mit dem Ausdruck „Amtsträger" verbindet, wo die Wurzeln der Entstehung dieses neuen Begriffes liegen, ferner den Geltungsbereich dieses neuen Begriffes gegenüber dem Beamtenbegriff abzugrenzen, darzutun, ob er die Probleme, die sich aus der ungünstigen Fassung des § 359 StGB. ergeben haben, löst oder vermeidet, ob also mit der formellen Aenderung eine materielle verbunden ist, und endlich zu zeigen, welche eventuellen Mängel dieser Neuschöpfung noch anhaften. Es mag im Voraus bemerkt werden, daß die Wissenschaft dem Amtsträgerbegriff in der Form, wie ihn die Entwürfe 1925 und 1927 bringen, keine günstigen Auspicien mit auf den Weg gibt.

Auffällig erscheint zunächst an dem neuen Ausdruck, daß er im sprachlichen Sinne garnichts anderes besagt als: Beamter; Beamter bedeutet: jemand der ein Amt hat. Etwas anderes bedeutet „Amtsträger" im sprachlichen Sinne aber auch nicht. Es handelt sich jedoch hier um termini technici, deren Verschiedenheit bei Betrachtung der Gesetze, die ihren Inhalt bestimmen, sofort klar wird. Die Grundlage des strafrechtlichen Beamtenbegriffes im geltenden Recht ist § 359 StGB. (ohne daß an dieser Stelle Stellung zu der Frage genommen werden soll, ob dieser Paragraph eine Legaldefinition oder eine Rahmenbestimmung enthält). Der Paragraph lautet: „Unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzes sind zu verstehen alle im Dienste des Reiches oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienst eines Bundesstaates auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwälte ". § 9 Ziffer 4 des Entwurfes 1927 lautet: „Im Sinne dieses Gesetzes ist: Amtsträger: jeder, der bestellt ist, ein öffentliches Amt auszuüben." Der Unterschied ist augenfällig: Im § 359 StGB. ist von der sprachlichen Grundbedeutung des Wortes „Beamter", vom Amt, überhaupt nicht die Rede. Statt „Beamter" könnte es ebensogut „Staatsdiener" oder ähnlich heißen. (In der Tat behauptet Rehm in

Hirths Annalen 1900, Seite 384, daß der § 359 StGB. nicht dem Begriff des Beamten, sondern den des Staatsdieners definieren will). Der Paragraph stellt, indem er von Anstellung im Dienste des Reiches usw. spricht, auf etwas völlig außerhalb seiner sprachlichen Grundbedeutung Liegendes ab, nämlich auf ein Dienstverhältnis. Im § 9 Ziffer 4 des Entwurfes 1927 dagegen ist von „Anstellung" und von „Dienst" nichts gesagt, sondern es tritt die Amtsausübung in den Vordergrund. Der Wortlaut der Legaldefinition des Amtsträgers nähert sich also wieder der sprachlichen Grundbedeutung des Wortes „Beamter". Den Grund dieser Annäherung an die ursprüngliche sprachliche Bedeutung kann man nur aus der Entwicklung heraus verstehen, die der strafrechtliche Beamtenbegriff in Rechtslehre und Rechtsprechung erfahren hat. Es soll deshalb im Folgenden zunächst ein Ueberblick gegeben werden, wie sich ein strafrechtlicher Beamtenbegriff entwickelte, welche Richtung die Fortentwickelung dieses Begriffes durch Rechtslehre und Rechtsprechung nahm, wie im Verlauf dieser Fortentwickelung das Moment der Amtsausübung immer größere Bedeutung gewann, und wie die Umbenennung des strafrechtlichen Beamtenbegriffes in „Amtsträger" nur das letzte Glied einer organischen Entwicklung ist. Um diese Entwicklung darzustellen, ist es zunächst notwendig, den Inhalt des Beamtenbegriffes im Anfangspunkt seiner Entwicklung klarzulegen. Deshalb kann sich dieser, an sich geschichtliche Teil der Abhandlung nicht in rein geschichtlichen Grenzen halten, sondern muß mit dogmatischen Ausführungen über den ursprünglichen Inhalt des Beamtenbegriffes beginnen. Auch bei der Darstellung der Veränderungen, die der Begriff in den einzelnen Phasen seiner Entwicklung durchmachen mußte, sind dogmatische Ausführungen unvermeidlich. Soweit im Folgenden nur von E. gesprochen wird, ist hiermit stets der Entwurf 1927 gemeint, in anderen Fällen werden die Entwürfe nach der Jahreszahl bezeichnet.

1. Kapitel.

Entwickelung vom Beamten- zum Amtsträgerbegriff.

1. Der Beamtenbegriff des allgemeinen Landrechts und des Staatsrechts.

Anschütz Anm. 1 zu Art. 129 Reichsverfassung; Arndt in der juristischen Wochenschrift 1917 S. 726, 1922 S. 1027; Brandt S. 1516; Friedrichs in „der Kreisbeamte" 9. Jahrgang Nr. 17; Hatschek S. 301 und 309; Helfritz in der juristischen Wochenschrift 1928 S. 2142; Hue de Grais; Hochheiser S. 39 bis 72; Holl S. 4, 5; Jellinek S. 342—346; Laband I. Band, S. 431; von Liszt-Schmidt S. 815—816; Loening S. 115; Otto Mayer S. 135—145; Puppe S. 13—23; v. Rönne II. Band 1. Abt. S. 365; Wachinger S. 200; Wolfstieg, Art. Beamte, S. 174, 175.

Eine erschöpfende Darstellung der geschichtlichen Entwicklung des Beamtenbegriffes mit Hinblick auf das römische, germanische, mittelalterliche deutsche, kanonische und gemeine Recht würde den Rahmen dieser Abhandlung, die sich ja die Erforschung des Amtsträgerbegriffes des E. 1927 zum Ziel gesetzt hat, übersteigen, da sie lediglich rechtsgeschichtliches Interesse hätte. (Ueber die Geschichte des Beamtenbegriffes sei auf die eingehenden Darstellungen von Holl, Puppe, Hochheiser und Preuß verwiesen). Für diese Abhandlung ist die Geschichte des strafrechtlichen Beamtenbegriffes nur insoweit von Wichtigkeit, als sie dem Verständnis der Entstehung des Amtsträgerbegriffes dient, da dieser, wenigstens formell, an den Beamtenbegriff des modernen Strafrechts anknüpft. Einen strafrechtlichen Beamtenbegriff haben die obengenannten Rechte aber nicht entwickelt. (Vergl. Holl S. 4—5; Puppe S. 13—23; Hochheiser S. 39—72; von Liszt-Schmidt S. 815—816). Sie weisen lediglich einige wenige Tatbestände auf, die man allenfalls als Amtsdelikte bezeichnen kann. Jedoch weisen diese Bestimmungen so wenig begrifflichen Zusammenhang miteinander auf, daß auf ihrer Grundlage ein strafrechtlicher Beamtenbegriff sich nicht entwickelt hat. Ein näheres Eingehen auf diese Bestimmungen wäre deshalb lediglich von rechtsgeschichtlichem Interesse.

Ausgangspunkt des geschichtlichen Teils unserer Untersuchung muß vielmehr der Zeitpunkt sein, an dem der Beamtenbegriff des modernen Strafrechts erstmalig in Erscheinung trat. Dies geschah im preußischen allgemeinen Landrecht. Allerdings war, wie noch darzustellen ist, der strafrechtliche Beamtenbegriff dieses Gesetzbuches aus dem Staatsrecht übernommen, somit kein eigentlich strafrechtlicher Begriff, immerhin wurde in diesem Gesetzbuch zum ersten Male festgestellt, wer als Beamter im strafrechtlichen Sinne anzusehen sei. Mithin stellte es, wenn auch nicht materiell, so doch formell, einen besonderen strafrechtlichen Beamtenbegriff auf. Den Anlaß hierzu bildete die Einführung eines besonderen Beamtenstrafrechts im ALR., und das Entstehen dieses letzteren war wiederum bedingt durch die allgemeine politische Entwickelung. Das Entstehen einer starken zentralen Staatsgewalt bedingte den Aufbau eines wohl organisierten Beamtenapparates. An dem zuverlässigen Funktionieren dieses Beamtenapparates hatte der Inhaber der Regierungsgewalt selbst das größte Interesse. Es ist deshalb natürlich, daß in dieser Epoche der Ursprung des modernen deutschen Beamtenstrafrechts zu suchen ist. Den strafrechtlichen Beamtenbegriff des ALR. werden wir somit zum Ausgangspunkt unserer Untersuchung machen.

Im 20. Titel des II. Teils behandelt der 8. Abschnitt, in den §§ 323—508 die „Verbrechen der Diener des Staates". Wer als „Staatsdiener" anzusehen war, bestimmte § 365: „Alles; was vorstehend Paragraphen 323—364 von den Vergehungen der Offizianten des Staates verordneten, gilt sowohl von den mittelbaren, als unmittelbaren Beamten desselben (Titel 10 § 69). Der 10. Titel, auf den zurückverwiesen wird, handelt „von den Rechten und Pflichten der Diener des Staates", und behandelt das Beamtenstaatsrecht der preußischen Monarchie. Die §§ 68, 69 insbesondere behandeln die Frage, wer als Zivilbeamter anzusehen sei. Somit ist im ALR. ausdrücklich der Beamtenbegriff des Strafrechts aus dem des Staatsrechts entnommen, und ist also völlig mit dem staatsrechtlichen Beamtenbegriff identisch. Ein solches Zurückgehen auf das Staatsrecht ist in diesem Falle erklärlich. Das Gesetz brauchte für die von ihm geschaffene Gruppe der Beamtendelikte eine Definition, die den Kreis der Subjekte dieser Delikte mitumfaßte, also einen Beamtenbegriff. Da das frühere Recht

einen solchen noch nicht hervorgebracht hatte, lag es nahe, daß das Gesetz denselben Begriff, mit dem es schon in seinem staatsrechtlichen Teil operiert, im strafrechtlichen Teil wieder verwendete, ohne nähere Prüfung, ob der staatsrechtliche Begriff seiner inneren Natur nach zu einer solchen Uebernahme in das Strafrecht ohne jede Aenderung auch geeignet war, und ob vielleicht für das Strafrecht andere Momente als für das Staatsrecht von Wichtigkeit waren. Zudem wäre eine solche Prüfung dadurch wesentlich erschwert worden, daß das ALR. in dem Abschnitt über die „Verbrechen der Diener des Staates" echte und unechte Amtsdelikte und kriminalisierte Disziplinarvergehen, ferner auch reine disziplinäre Satzungen und sogar zivilrechtliche Bestimmungen über Schadensersatzverpflichtungen nebeneinander brachte. Wie ungünstig diese Bindung des strafrechtlichen an den staatsrechtlichen Beamtenbegriff sich in der Zukunft auswirken würde, konnten die Verfasser des ALR. schwerlich ahnen. Der Ausgangspunkt des strafrechtlichen Beamtenbegriffes liegt also im Staatsrecht. Bevor die weitere Entwickelung und Ausgestaltung des Beamtenbegriffes verfolgt wird, soll, entsprechend dem oben gesagten, jetzt zunächst kurz ausgeführt werden, was das Staatsrecht unter „Beamten" versteht.

Für den Begriff des modernen Staatsrechts bildet das ALR. noch heute die Grundlage, insbesondere die §§ 1, 2, 3, 68 und 69 des 10. Titels II. Teils. § 1 besagt: „Zivilbediente sind vorzüglich bestimmt, die Sicherheit, gute Ordnung und den Wohlstand des Staates unterhalten und befördern zu helfen". § 2: „Sie sind, außer den allgemeinen Untertanenpflichten, dem Oberhaupt des Staates besondere Treue und Gehorsam schuldig". § 3: „Ein jeder ist nach der Beschaffenheit seines Amtes und nach dem Inhalt seiner Instruktion, dem Staat noch zu besonderen Diensten durch Eid und Pflicht zugetan". § 68: „Alle Beamten des Staates, welche zum Militärstande nicht gehören, sind unter der allgemeinen Benennung von Zivilbedienten begriffen". § 69: „Dergleichen Beamte stehen entweder in unmittelbarem Dienst des Staates, oder gewisser demselben untergeordneter Kollegien, Korporationen und Gemeinen". Danach definiert von Rönne: „Danach ist also im Sinne des ALR. derjenige zu den Staatsbeamten zu rechnen, der bestimmt ist, die Sicherheit, die gute Ordnung und den Wohlstand des Staates zu unterhalten und zu befördern, und

dem Staat zu besonderen Diensten durch Eid und Pflicht zugetan ist". Einschränkend fährt er fort: „Diese Begriffsbestimmung ist indessen unvollständig. Zum Begriff eines Staatsbeamten gehört vor allem ein dauerndes Verhältnis zur selbständigen Verwaltung gewisser, das öffentliche Interesse angehender Geschäfte in einem bestimmten Bereich unter öffentlicher Autorität und das Eintreten in dieses Verhältnis durch Uebernahme der damit verbundenen Rechte und Pflichten gegenüber dem Repräsentanten der Staatsgesellschaft". Aehnlich bestimmt Wachinger Seite 200 den Beamtenbegriff des ALR. als: „Tätigkeit für öffentliche Zwecke, ein Dienstverhältnis, das eine besondere Treue und Gehorsamspflicht bedingt und das entweder vom Staat unmittelbar oder von einem untergeordneten Organ begründet werden kann". Laband I. Band Seite 430: „Es gehört zum Begriff des Staatsbeamten außer der Uebernahme eines Staatsamtes noch ein zweites Begriffsmoment, nämlich der Eintritt in ein Dienstverhältnis zum Staat . . ." S. 443: „Dieses Dienstverhältnis ist ein öffentlich rechtlicher Vertrag . . .; er begründet ein Gewaltverhältnis des Staates, eine besondere Gehorsams-, Treu- und Dienstpflicht des Beamten, andererseits eine Pflicht des Staates zum Schutz und zur Gewährung des zugesicherten Diensteinkommens". Hue de Grais: „Staatsbeamter ist jeder dauernd in ein unmittelbares oder mittelbares Dienstverhältnis zur Ausübung von Verrichtungen der Staatsgewalt Berufene". Auch Hatschek, Seite 301 und 309, verlangt ein Staatsdienstverhältnis, ebenso Anschütz Anm. I zu Art. 129 Reichsverfssung, Brandt S. 15—16. Aehnlich Jellinek S. 342—346 und Otto Mayer S. 135—145, Wolfstieg, Art. Beamten, S. 174, 175. Alle diese Schriftsteller erklären also für das allgemeinste und wesentlichste Begriffsmerkmal des Beamtenbegriffes das Vorliegen eines Staatsdienstverhältnisses, oder eines Dienstgewaltverhältnisses".

Neuerdings wird teilweise in der Literatur die Ansicht vertreten, daß es einen einheitlichen Beamtenbegriff nicht gebe. (So besonders Helfritz an verschiedenen Stellen, z. B. Juristische Wochenschrift 1928 S. 2142, ferner Arndt Juristische Wochenschrift 1917 S. 726; 1922 S. 1027; Vergl. auch Loening S. 115: „Es gibt deshalb keinen einheitlichen Begriff des Beamten". Ferner auch Friedrichs.) Es würde im Rahmen

dieser strafrechtlichen Abhandlung zu weit führen, auf diese verwaltungsrechtlichen Streitfragen näher einzugehen. Für uns genügt die Feststellung, daß die herrschende Lehre nicht auf dem Standpunkt der letztgenannten Schriftsteller steht, sondern das Vorhandensein eines einheitlichen Beamtenbegriffes bejaht. Wie oben dargestellt, betrachtet sie dabei als Hauptmerkmal für das Vorliegen der Beamteneigenschaft die Begründung eines Staatsdienstverhältnisses. Schon v. Roenne und Laband stellten dieses Begriffsmerkmal als wesentliches Erfordernis auf, und auch die neuere staatsrechtliche Wissenschaft hat dieses Begriffsmerkmal akzeptiert und ohne wesentliche Aenderungen weiter verwendet.

2. Entwicklung in Gesetzgebung und Rechtsprechung bis zum Reichsstrafgesetzbuch vom 1. Januar 1872.

Allfeld S. 62 und 63; Birkmeyer S. 345 und 346; Hälschner II. Band, 2. Abt. S. 1029; Hochheiser S. 18, 19, 67 und 71. Loening S. 115, 116; Wachinger S. 215, 250—284; Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals: **1** 396; **3** 294; **4** 504; **6** 3; **7** 515; **7** 581; **8** 108, 193; **9** 394, 604; **10** 77, 288; **11** 86;

In der preußischen Strafrechtswissenschaft wurde auch in der Folgezeit noch daran festgehalten, daß der Beamtenbegriff des Staatsrechts und des Strafrechts identisch seien. Es war deshalb auch für das Strafrecht die Anstellung im Staatsdienst, das Staatsdienstverhältnis, das wesentlichste Begriffsmerkmal für die Beamteneigenschaft. Zwar geschah ja letzten Endes die Anstellung zum Zwecke der Uebertragung eines Amtes. Jedoch war die Innehabung oder Ausübung eines Amtes keineswegs ein wesentliches Begriffsmerkmal, sie trat vielmehr völlig zurück hinter dem Erfordernis der Anstellung. Die Entwürfe eines neuen Strafgesetzbuchs in der Folgezeit beschäftigten sich hauptsächlich mit dem Problem, wer als mittelbarer Staatsbeamter anzusehen sei, und suchten durch eingehende Spezialisierung in dieser Frage Klarheit zu schaffen. Von einer Aenderung des Beamtenbegriffes als solchen war nicht die Rede. Das preußische Strafgesetzbuch vom Jahre 1851 verwarf diese Spezialisierung, und legte den Beamtenbegriff in § 331 Abs. 1 fest. Dieser Paragraph lautet:: „Die Vorschriften dieses Titels finden Anwendung auf alle öffent-

lichen eBamten, sie mögen in unmittelbarem oder mittelbarem Staatsdienst stehen, auf Lebenszeit oder nur zeitweise oder vorläufig angestellt sein, einen Diensteid geleistet haben, oder nicht". Durch diese Neufassung sollte eine Aenderung des Beamtenbegriffes gegenüber dem des ALR. nicht herbeigeführt werden. (Vergl. Wachinger S. 215, Hochheiser S. 67—70.) Insbesondere ist kein Anhaltspunkt dafür zu ermitteln, daß der Gesetzgeber den Beamtenbegriff des Strafrechts über den des Staatsrechts hinaus erweitern wollte. Auch mit der Neuhinzufügung, die durchaus den Eindruck einer solchen Erweiterung macht, daß es unwesentlich sei, ob die Anstellung auf Lebenszeit, zeitweise oder nur vorläufig erfolgt sei, der Beamte einen Diensteid geleistet habe oder nicht, war keine Aenderung beabsichtigt, denn diese Hinzufügung beruhte auf einer Kabinettsorder vom 11. August 1832 die gleichmäßig Beamte im Sinne des Staatsrechts wie auch des Strafrechts betraf.

In der außerpreußischen Partikulargesetzgebung kann man aber zu dieser Zeit schon die Tendenz beobachten, den strafrechtlichen Beamtenbegriff zu erweitern, und auch diejenigen Personen einzubeziehen, die, ohne in einem festen Staatsdienstverhältnis zu stehen, ein öffentliches Amt ausübten. Diese Tendenz zeigt sich z. B. im braunschweigischen Strafgesetzbuch in dem § 256 mit 248, in dem sächsischen Strafgesetzbuch von 1855 und 1868 Art. 354, sowie auch im württembergischen Strafgesetzbuch; das bayrische Strafgesetzbuch von 1851 bestimmt beispielsweise in Art. 396: „Was im gegenwärtigen Hauptstück von Beamten bestimmt ist, gilt ferner von allen denen, welche mit den Verrichtungen eines solchen Beamten oder öffentlichen Dieners vorübergehend oder ständig betraut und hierfür in öffentliche Pflicht genommen sind". Art. 397: „Auf Staatsbürger, welche zu einer öffentlichen Funktion berufen sind . . . finden die Bestimmungen des gegenwärtigen Hauptstückes, soweit dies nach der Beschaffenheit der in demselben bezeichneten strafbaren Handlungen möglich ist, gleichfalls Anwendung". Das österreichische Strafgesetzbuch bestimmt in § 102 Abs. II: „Als öffentlicher Beamter ist derjenige anzusehen, welcher vermöge unmittelbaren oder mittelbaren öffentlichen Auftrags mit oder ohne Beeidigung Geschäfte der Regierung zu besorgen verpflichtet ist".

In dieser Gesetzgebung kommt deutlich das Streben zum Ausdruck, den strafrechtlichen Beamtenbegriff auf die Fälle in denen eine tatsächliche Amtsausübung vorliegt, auszudehnen, und auch diejenigen Personen, die nicht in einem festen Staatsdienstverhältnis stehen, als Beamte im strafrechtlichen Sinne zu behandeln, sofern sie Funktionen eines Beamten wahrnehmen.

In Preußen war, wie geschildert, die Gesetzgebung bei dem Grundsatz der Gleichheit des staats- und des strafrechtlichen Beamtenbegriffes verblieben. Eine solche Begrenzung des strafrechtlichen Beamtenbegriffes hatte den großen Vorzug: Man konnte im Einzelfall die Beamtenqualität mit beinahe absoluter Bestimmtheit feststellen. Diese Begrenzung erwies sich aber sehr bald als zu eng für die Bedürfnisse der Strafrechtspraxis. Insbesondere das preußische Obertribunal begann in seiner Rechtsprechung immer mehr und mehr ein anderes Moment in den Vordergrund zu schieben: Die Ausübung einer amtlichen Tätigkeit. Es stellte in ständiger Rechtsprechung den Satz auf (vergl. Oppenhoff **3** 294; **7** 515; **8** 108; **9** 394, 604; **11** 86; außerdem auch noch: **1** 396; **4** 504; **6** 3; **7** 581; **8** 193; **10** 77, 288): Daß die Beamteneigenschaft nicht darauf beruhe, daß jemand dauernd als Beamter angestellt sei, sondern darauf, daß er als Organ der Staatsgewalt fungiere, und von derselben in gesetzlicher Weise berufen sei, um unter öffentlicher Autorität die Herbeiführung der Zwecke des Staates zu ermöglichen. Besonders kennzeichnend ist eine Entscheidung des Oberappellationsgerichtes vom 12. Juli 1871 (Oppenhoff **12** 388, 389): „Derjenige, welcher von einer zuständigen Behörde zur Ausübung solcher Handlungen berufen worden ist, welche Ausfluß eines öffentlichen Amtes sind, ist selbst dann, wenn in seiner Bestallung hervorgehoben wurde, daß er die Rechte eines öffentlichen Angestellten nicht haben sollte, Beamter". Hier wird also schon entscheidender Wert auf die Ausübung eines öffentlichen Amtes gelegt. Die strafrechtliche Praxis in Preußen brach also ziemlich radikal mit dem in das Strafrecht übernommenen Grundsatz, daß das Hauptbegriffsmerkmal der Beamteneigenschaft die Anstellung im Staatsdienst sei, und betrachtete nunmehr die Amtsausübung als das ausschlaggebende Begriffsmerkmal.

Formell erkannte diese Rechtsprechung aber immer noch

die Anstellung im Staatsdienst als notwendiges Begriffsmerkmal an. Der Wortlaut des § 331 des preußischen Strafgesetzbuchs, auf den sie sich stützte, stand einer solchen weiten Auslegung des Beamtenbegriffes an sich nicht entgegen. So vollzog sich auch in Preußen, hier aber durch die Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes, die fundamentale Aenderung des Beamtenbegriffes in der Richtung, daß den Schwerpunkt dieses Begriffes nicht mehr die Anstellung im Staatsdienst, sondern die Amtsausübung bildete. Erst hierdurch wurde ein eigentlich strafrechtlicher Beamtenbegriff geschaffen. Den Standpunkt des Obertribunals, daß auch Personen, denen die Vollziehung staatlicher Funktionen übertragen ist, Beamte seien, selbst wenn sie nur in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zum Staat oder sogar nur zu Privatpersonen stehen, vertritt auch Loening S. 115, 116, mit der nicht ganz zweifelsfreien Begründung, daß der Begriff des Staatsdieners in dieser allgemeinen Bedeutung in dem preußischen ALR. genommen würde. Im übrigen ist leider die prinzipielle Aenderung in der strafrechtlichen Praxis im Sinne einer Ausdehnung über den staatsrechtlichen Beamtenbegriff hinaus von der Rechtslehre zunächst nicht genügend beachtet worden.

Hiermit ist die erste Entwicklungsstufe des strafrechtlichen Beamtenbegriffes beendet. Der ursprüngliche enge Rahmen, herrührend aus der Identität mit dem staatsrechtlichen Beamtenbegriff, ist gesprengt. Das Strafrecht hat, den Bedürfnissen der Praxis folgend, den übernommenen Begriff so selbständig weiter entwickelt, daß man von einem eigentlich strafrechtlichen Beamtenbegriff jetzt schon sprechen kann. Es ist nur natürlich, daß die Wurzel dieses strafrechtlichen Begriffes noch im Staatsrecht ruhte. Insbesondere mußte das Erfordernis der „Anstellung" formell noch immer berücksichtigt werden. Diese „erbliche Belastung" des strafrechtlichen Beamtenbegriffes ist eine der Hauptursachen der heftigen Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung des Begriffes in Rechtslehre und Rechtsprechung geworden. Wie wenig diese grundlegende Veränderung in der Rechtslehre zunächst erkannt wurde, wird dadurch gezeigt, daß noch Hälschner II. Band 2. Abt. S. 1029 bemerkt, daß der Begriff des Beamten im Sinne des Strafrechts kein wesentlich anderer sei, als derjenige, von welchem das öffentliche Recht ausgeht. Es muß Hälschner zwar zugegeben werden, daß ein wesentlicher

Zweck der beamtenstrafrechtlichen Bestimmungen ist, den erforderlichen strafrechtlichen Schutz gegen die Verletzung der Amtspflicht seitens eines Beamten zu gewähren. Hieraus kann aber nicht der oben von Hälschner aufgestellte Satz gefolgert werden. Wie der dargestellte Entwicklungsgang zeigt, hat sich der strafrechtliche Beamtenbegriff doch zu einem wesentlich anderen gegenüber dem staatsrechtlichen herausgebildet in dem Sinne, daß dem wesentlichsten Begriffsmerkmal des Staatsrechts, dem Anstellungsverhältnis, im Strafrecht nur noch formelle Bedeutung beigemessen wurde, während das eigentliche Wesen der Beamteneigenschaft als das Tätigsein als Organ des Staates, die Amtsausübung, erachtet wurde. Es war somit nach der Auffassung des Obertribunals zwar jeder, der Beamter im staatsrechtlichen Sinne war, auch Beamter im strafrechtlichen Sinne. Jedoch konnten auch Personen, bei welchen die Erfordernisse des Staatsrechts, insbesondere das Staatsdienstverhältnis, nicht vorlag, trotzdem immer noch Beamteneigenschaften im strafrechtlichen Sinne haben, denn der Beamtenbegriff des Strafrechts ging infolge der Auslegung des § 331 des preußischen Strafgesetzbuchs durch das Obertribunal weit über den des Staatsrechts hinaus.

Die weitere Entwicklung verlief im wesentlichen in der in den genannten Partikulargesetzgebungen und in der Rechtsprechung des Obertribunals hervorgetretenen Richtung, und zwar tritt diese Entwickelung immer markanter auf allen Gebieten des Rechtslebens hervor. Sie ist sowohl in der späteren Gesetzgebung wie in der Rechtsprechung und Rechtslehre zu verfolgen. Am einheitlichsten setzte sich diese Entwicklung in der Rechtsprechung fort, da sich das Reichsgericht eng an die Auffassung des Obertribunals anschloß. In der Gesetzgebung zeigte sich die Entwickelung, wenigstens in der Hauptsache, erst bedeutend später, nachdem die Ansicht des Reichsgerichts schon feststand. Historisch wäre es also wohl richtiger, im Anschluß an die Beschreibung der Ansicht des Obertribunals, die sich daran anschließende des Reichsgerichts zu schildern. Aus anderen Gründen soll aber trotzdem die Entwickelung in der Gesetzgebung vorweg genommen werden. Der Teil der Rechtslehre, der die in der übrigen Lehre herrschend gewordene Ansicht des Reichsgerichts bekämpfte, führte den Amtsträgerbegriff ein. Wir können also bei der hier gewählten Reihenfolge von der Darstellung der Ansicht

des Reichsgerichts unmittelbar zum Amtsträgerbegriff übergehen, und dabei verbleiben, ohne den Zusammenhang noch einmal durch die Schilderung der Entwickelung in der Gesetzgebung unterbrechen zu müssen.

Formell trat in der Gesetzgebung zunächst noch keine Aenderung ein. § 359 des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870 lehnte sich eng an die Fassung des § 331 des preußischen Strafgesetzbuches von 1851 an, dehnte nur den Beamtenbegriff auf alle im Dienste des Bundes oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaates angestellten Personen „in gleichen Notare, nicht aber Advokaten und Anwälten" aus. Mit gewissen Aenderungen wurde das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes Reichsgesetz. Es wurde durch Gesetz vom 15. Mai 1871 als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1872 verkündet. (Vergl. Allfeld S. 62, 63.) Im § 359 des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund wurden nur die Worte: „Im Dienste des Bundes" durch die Worte: „Im Dienste des Reiches" ersetzt, im übrigen wurde der bisherige Wortlaut beibehalten. Der Entwurf zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund war vom preußischen Justizministerium ausgearbeitet und dann einer vom Bundesrat eingesetzten Kommission vorgelegt worden; der nach Prüfung durch diese Kommission entstandene Entwurf wurde, nach einigen durch den Bundesrat vorgenommenen Aenderungen, durch den Norddeutschen Reichstag angenommen. Unzweifelhaft war sowohl dem Preußischen Justizministerium wie der vom Bundesrat eingesetzten Kommission die Rechtsprechung des Preußischen Obertribunals betreffend den Beamtenbegriff bekannt. Dadurch, daß man dem neuen Gesetz wieder dieselbe Fassung gab wie dem § 331 des alten preußischen Strafgesetzbuchs, auf Grund dessen diese Rechtsprechung des Obertribunals entstanden war, billigte man also die in der Rechtsprechung zu Tage getretene Auffassung des Preußischen Obertribunals.

Auch die besonderen Tatbestände des Beamtenstrafrechts des Preußischen Strafgesetzbuchs sind mit nur geringen Aenderungen in das Reichsstrafgesetzbuch übernommen worden. Neu hinzugefügt wurden nur die §§ 337 (aufgehoben und ersetzt durch das Personenstandsgesetz vom 6. Februar 1875 § 67; Gesetz vom 26. Februar 1876; letzte Aenderung durch

Verordnung vom 14. Februar 1924 RGBl. I S. 1067: Eheschließungsdelikte der Personenstandsbeamten). Ferner § 338 (Bigamische Trauung) § 355: Amtsvergehen im Telegraphen- und Fernsprechdienst. Interessant ist bei den neugeschaffenen Tatbeständen der §§ 338 und 355, daß dem Gesetzgeber bei diesen Delikten der mögliche Täterkreis, der durch den § 359 des Strafgesetzbuchs umfaßt wird, bereits zu eng erschien, und er in diesem Paragraphen den Kreis auf Personen ausdehnte, die im Sinne des § 359 nicht als Beamte anzusehen sind, nämlich im § 338 auf Religionsdiener, im § 355 auf „andere mit der Beaufsichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegrafenanstalt betraute Personen".

3. Die Entwickelung seit dem Reichsstrafgesetzbuch.

a) die Gesetzgebung.

Das Bestreben, solche Personen, die amtliche Verrichtungen wahrnehmen, ohne fest angestellte Beamte zu sein, den Beamten im strafrechtlichen Sinne gleichzustellen, zeigt sich in zahlreichen Gesetzen seit dem Reichsstrafgesetzbuch. Diese Nebengesetze erweiterten den Kreis der Personen, die im strafrechtlichen Sinne als Beamte zu gelten hatten, nicht nur in der Richtung, wie die oben geschilderten Tatbestände von Amtsdelikten des Reichsstrafgesetzbuchs, sondern auch noch in anderer Richtung. Nicht nur als Subjekte von Amtsdelikten kamen diese Personen in Betracht, sondern auch als Objekte von Delikten, die dritte Personen gegen sie verübten, während sie sich in Ausübung staatlicher Funktionen befanden. So bestimmt die internationale Konvention vom 6. Mai 1882, die gleichzeitig in Kraft trat, mit dem Gesetz betreffend die polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee vom 30. April 1884 in Art. 32, daß Personen, die im Auftrag der mit der Fischereipolizei beauftragten Kreuzer handeln, Schutz gegen Angriffe genießen sollen, wie die Befehlshaber dieser Kreuzer selbst. Die gleiche Vorschrift enthält das Gesetz vom 4. März 1894 betreffend die Ausführung des internationalen Vertrages vom 16. November 1887 zur Unterdrückung des Branntwein-

14. Februar 1893

handels unter den Nordseefischern auf hoher See in Art. 7 Abs. 4. In diesen Gesetzen wird also der Tatbestand des Widerstandes gegen die Staatsgewalt auch auf solche Personen

ausgedehnt, die nicht selbst fest angestellte Polizeiorgane sind, sondern nur im Auftrag Letzterer handeln. Andere Nebengesetze gewähren ebenfalls den Personen, die staatliche Funktionen ausüben, einen erhöhten strafrechtlichen Schutz, andererseits erstrecken sie aber auch die Tatbestände gewisser Amtsdelikte auf eben diese Personen, und benennen letztere neben den festangestellten Beamten als taugliche Täter. So bestimmen einige Nebenstrafgesetze zunächst, daß der Geheimnisbruch solcher Personen bestraft wird. In anderen Bestimmungen schützen sie aber auch die Tätigkeit dieser Personen. Es handelt sich hier meist um von der Polizei zu ihrer Unterstützung herangezogene Sachverständige. Z. B. bestraft das Reichsgesetz vom 15. Juni 1897 betr. den Verkehr mit Butter, Käse, Schmalz und deren Ersatzmitteln in § 15 diejenigen „Beauftragten der Polizeibehörde" (hierzu gehören gerade auch die von der Polizei beauftragten Sachverständigen), die unbefugt Betriebsgeheimnisse offenbaren oder geheimgehaltene Betriebseinrichtungen oder Betriebsweisen nachmachen, sofern ihnen diese Geheimnisse kraft ihres Auftrags bekannt geworden sind. Im § 16 bestraft dieses Gesetz diejenigen Personen, die den Beauftragten der Polizeibehörde das Betreten ihrer Geschäfts- und Lagerräume, sowie die Entnahme von Proben nicht gestatten, oder diesen Personen Auskunft verweigern oder falsche Auskunft erteilen, also diese Personen an der Vornahme von Amtshandlungen hindern. Analoge Bestimmungen einerseits über die Bestrafung des Geheimnisbruchs von amtlich zugezogenen Sachverständigen oder Beauftragten der Polizei, andererseits über den strafrechtlichen Schutz der Tätigkeit dieser Personen enthält das Weingesetz vom 7. April 1909 in den §§ 27 und 29. Strafbestimmungen über den Schutz amtlicher Tätigkeit durch nichtbeamtete Personen enthält auch das Gesetz betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. Juni 1900; RGBl. Seite 306, und das Viehseuchengesetz vom 26. Juni 1909, letzte Aenderung durch das Gesetz vom 18. Juli 1928, RGBl. I S. 289. Das erstere Gesetz bestimmt in den §§ 45 und 46, daß bestraft wird, wer . . . den beamteten Aerzten den Zutritt zu den Kranken oder der Leiche oder die Vornahme der erforderlichen Untersuchung verbietet, oder wer . . . dem beamteten Arzt die Auskunft verweigert, oder wissentlich unrichtige Angaben macht, endlich wer den vom beamteten Arzt ge-

troffenen vorläufigen Anordnung zuwiderhandelt. In § 36 wird nun gesagt, daß: „anstelle der beamteten Aerzte im Falle ihrer Behinderung oder aus anderen dringenden Gründen andere Aerzte zugezogen werden können, innerhalb des ihnen übertragenen Auftrags gelten die Letzteren als beamtete Aerzte. Ihre Handlungen werden also ebenso wie die Amtshandlungen der beamteten Aerzte durch die Strafvorschriften der §§ 45, 46 geschützt. Das Viehseuchengesetz enthält in den §§ 1 und 74 eine ähnliche Gleichstellung unbeamteter Tierärzte mit beamteten, sowie strafrechtlichen Schutz der von ihnen getroffenen Anordnungen.

Ebenso wird nach der Verordnung über Handelsbeschränkungen vom 28. Juli 1923, RGBl. I S. 713 im § 49 bestraft, wer den von der Polizeibehörde beauftragten Sachverständigen die Vornahme der Durchsuchung von Geschäftsräumen, sowie die Entnahme von Proben nicht gestattet, oder ihnen Auskunft verweigert. Weiterhin werden bei einer Verletzung der Auskunftspflicht Angestellte den Beamten hinsichtlich der Strafbarkeit gleichgestellt durch das Bankgesetz vom 30. August 1924, RGBl. Band II S. 235 § 42, wenn sie auf eine von dem Präsidenten, dem Reichsbankdirektorium, dem Generalrat oder dem Kommissar für die Notenausgabe innerhalb ihrer Zuständigkeiten an sie gerichtete Anfrage wissentlich unrichtige Angaben machen.

Die Reichsversicherungsordnung vom 9. Juli 1911 bestraft in den §§ 141, 142, 143 in Verbindung mit 880, 1000 und 1023 den Geheimnisbruch von Personen, die Mitglieder eines Organes oder Angestellte eines Versicherungsträgers, Mitglieder oder Angestellte einer Versicherungsbehörde, Vertreter oder Beisitzer bei einer Versicherungsbehörde sind, wenn sie Krankheiten oder Gebrechen, von denen sie amtlich Kenntnis erlangt haben, unbefugt offenbaren, ferner wenn sie — sowie auch die Mitglieder von Genossenschaftsausschüssen — Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse unbefugt offenbaren, oder solche Geheimnisse verwerten, um sich oder Dritten Vermögensvorteile zu verschaffen. Die gleichen Tatbestände stellt das Versicherungsgesetz für Angestellte vom 20. Dezember 1911 in den §§ 349—351 auf. Für: Die Mitglieder eines Organes oder Angestellten der Reichsversicherungsanstalt, die Mitglieder oder Angestellten einer nach diesem Gesetz zur Feststellung der Leistungen zuständigen Behörde und die Ver-

treter oder Beisitzer bei einer solchen Behörde. In ganz besonderem Maße bediente sich der Staat zum Aufbau der Organisationen, die infolge der Zwangswirtschaft während des Krieges notwendig wurden, der Hilfe von Privatpersonen, die nicht festangestellte Beamte waren. Natürlich bestand infolgedessen auch das Bedürfnis, daß die Amtsführung dieser Personen, denen sehr wichtige staatliche Aufgaben anvertraut waren, rein erhalten wurde. Zu diesem Zweck bestimmte die Bekanntmachung über die bei Behörden oder in kriegswirtschaftlichen Organisationen beschäftigten Personen vom 3. Mai 1917 RGBl. S. 393—394 in der Fassung des Art. III der Verordnung vom 12. Februar 1920, RGBl. S. 230—231, unter der neuen Bezeichnung: Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat nicht beamteter Personen, geändert durch die Verordnung über Vermögensstufen und Bußen vom 6. Februar 1924, RGBl. I S. 44, Art. I, IV, V VIII XIV, in den §§ 1—7, daß Personen, die, ohne Beamte zu sein, bei einer Behörde oder in einer Organisation der Kriegs- oder Uebergangswirtschaft beschäftigt oder bei einer solchen Organisation als Mitglied des Aufsichtsrates oder eines Beirates oder als zugezogene Vertrauensmänner oder Sachverständige oder in ähnlicher Stellung tätig sind, bestraft werden, wenn sie Handlungen begehen, die sich, von einem Beamten begangen, als Geschenkannahme oder Bestechung (§§ 331, 332 StGB.) darstellen würden oder wenn sie die infolge ihrer Tätigkeit erlangten Kenntnisse von Einrichtungen oder Maßnahmen der Behörden oder Organisationen dazu mißbrauchen, sich Vermögensvorteile zu verschaffen, oder wenn sie Geschäftsgeheimnisse eines Dritten, die ihnen infolge ihrer Tätigkeit bekannt geworden sind, unbedingt offenbaren. Aehnlich bestimmt die Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919 RGBl. S. 1993 letzte Aenderung durch Gesetz vom 1. Juni 1926, RGBl. I S. 255, in § 10, daß auch Personen, die ehrenamtlich für die Finanzverwaltung tätig werden, ferner Sachverständige und andere Personen, die von Finanzbehörden und Finanzgerichten zugezogen werden, die Amtspflicht zur Geheimhaltung der Verhältnisse von Steuerpflichtigen haben, die sie dienstlich erfahren haben. Ferner enthalten die vorläufigen Durchführungsbestimmungen zur Verordnung über die Errichtung der Deutschen Rentenbank vom 15. Oktober 1923 RGBl. I S. 1092, in § 6 die Festsetzung, daß „die Mit-

glieder des Vorstandes, des Aufsichtsrates und des Verwaltungsrates, sowie die Prokuristen und Angestellten der Deutschen Rentenbank" die Pflicht zur Geheimhaltung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sowie persönlichen Verhältnissen haben, die sie bei Wahrnehmung ihrer Obliegenheiten erfahren haben, und daß diese genannten Personen als Beamte im Sinne des Strafgesetzbuches zu gelten hätten.

Es soll kurz darauf hingewiesen werden, daß auch im ausländischen Recht das Bestreben zu beobachten ist, Personen, die eine amtliche Tätigkeit ausüben, den Beamten im strafrechtlichen Sinne gleichzustellen. (Vergl. hierüber Wachinger S. 250—284, Birkmeyer S. 345, 346). Ein näheres Eingehen hierauf erübrigt sich, da das Beamtenstrafrecht jedes einzelnen Staates aufs engste zusammenhängt mit dessen Verfassung und Verwaltung. Ein Eingehen auf das Beamtenstrafrecht des Auslandes hätte also für unsere Untersuchung nur dann Wert, wenn gleichzeitig auf den Verfassungs- und Verwaltungszustand der einzelnen Staaten im Vergleich zu Deutschland eingegangen würde. Ein solches Eingehen würde den Rahmen dieser Untersuchung wesentlich übersteigen. (Vergl. Hochheiser S. 18, 19).

b) Die Rechtsprechung und Rechtslehre seit dem Reichsstrafgesetzbuch.

Allfeld S. 603, 604, ferner Note 2 zu § 145; Arndt in der juristischen Wochenschrift 1917 S. 725, 726; 1918 S. 821; Binding Lehrbuch II. Band 2. Abt. S. 382 f.; Brandt S. 27, 28; derselbe in der juristischen Wochenschrift 1928 S. 2351 zu Nr. 24; Bohne, Art. Amtsdelikte S. 128; Frank Anm. II zu § 359 StGB.; Gerland, Grundriß S. 266; Hälschner II. Band S. 1033 Anm. 4; Heslenfeld in „Leipziger Zeitschrift"; Holl S. 20; Hoffmann im „Recht" 17. Jahrgang Nr. 2 S. 63, 64; Hubrich im Gerichtssaal 59. Band S. 326 f. v. Liszt-Schmidt S. 817; Nawiasky in der Juristischen Wochenschrift 1928 S. 2324 zu Nr. 12; Olshausen Anm. 2 zu § 359 StGB.; Rosenberg im Leipziger Kommentar Anm. I. zu § 359 StGB.; Schwartz Anm. 2 c und Anm. 3 zu § 359; Wachenfeld S. 591, 592; Wachinger S. 238; Entscheidungen des RG. in Strafsachen **16** 378 f., **31** 294, **51** 65, 5 337, **29** 184, **49** 111, **52** 310, **55** 28, **56** 367, **54** 204, **35** 327; **55** 143, **60** 139, ferner Urteil des ersten Senates vom 6. Juli 1928 in der Jur. Wochenschrift 57. Jahrgang S. 3251.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts lehnte sich in ihrer Auffassung des Beamtenbegriffes eng an die Auffassung des Preußischen Obertribunals an. Das RG. übernahm in seiner Rechtsprechung auch die Beamtendefinition des Obertribunals, wonach als maßgebend für die Beamteneigenschaft zu betrachten sei: „die Berufung einer Person dazu, als Organ der Staatsanwalt unter öffentlicher Autorität für die Herbeiführung der Zwecke des Staates tätig zu sein". In einigen Entscheidungen gebraucht das Reichsgericht noch eine zweite, nicht ganz so weit gehende Formel, wonach als Beamte „auch diejenigen anzusehen sind, denen als Gliedern einer Behörde oder einer Einrichtung des Staates von der zuständigen Stelle Verrichtungen öffentlich rechtlicher Natur übertragen werden, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind, und der Verwirklichung staatlicher Zwecke unmittelbar oder mittelbar dienen, mithin das Wesen öffentlicher Amtstätigkeit haben. (So **30** 29, **35** 325, **39** 232, **49** 111, **51** 65, **54** 203). Als formell maßgebend wird in erster Linie nach dem Wortlaut des § 359 die „Anstellung" erachtet. Wenn eine solche Anstellung nicht vorliegt, dann ist ausnahmsweise auch dann Beamteneigenschaft gegeben, wenn sich aus der Art und Beschaffenheit der tatsächlich ausgeübten Dienstfunktionen der Schluß ziehen läßt, daß eine Anstellung stillschweigend erfolgt sei, und die betr. Person Beamtenqualität habe. An dieser Ansicht hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung festgehalten, abgesehen von geringen Schwankungen hauptsächlich über die Frage, ob zwischen Diensten höherer oder niederer Art ein Unterschied zu machen sei und nur bei Ausübung von Diensten höherer Art der Rückschluß auf eine stillschweigende Anstellung gerechtfertigt sei, oder ob die Dienstleistungen solche sein müssen, daß sie nur von einem Beamten mit rechtlicher Wirksamkeit vorgenommen werden können; in seinen neueren Urteilen stellt das Reichsgericht nicht mehr letzteres Erfordernis auf, es macht auch keinen Unterschied mehr zwischen Diensten höherer und niederer Art, sofern sie nur der Erfüllung staatlicher Aufgaben dienen. (Vergl. bezügl. des Letztgesagten besonders: **51** 65, **52** 348; im übrigen seien nur als Beispiel genannt: **16** 378 ff., **31** 294, **51** 65, **5** 337, **29** 184, **35** 327, *52* 310, *54* 204, *55* 28, und 134, *56* 367, *59* 387, *60* 139; ferner Urt. des ersten Senats vom 6. Juli 1928 in der Jur. Wochenschrift 57. Jahrgang Seite 3251). Der

Rechtsprechung des RG. hat sich die jetzt wohl als herrschend zu bezeichnende Lehre mit im einzelnen mehr oder minder bedeutenden Abweichungen angeschlossen. Rosenberg Anm. 1 zu § 359 StGB. betont besonders, daß bei den Beamten im Sinne des Staatsrechts entscheidend sei, die rechtliche Stellung, welche die Angestellten nach innen, d. h. dem Reiche oder Staat gegenüber, haben. Nach dem Strafgesetzbuch seien Beamte auch diejenigen Angestellten, welche nicht in einem öffentlich rechtlichen Gewaltverhältnis stehen, aber zur Ausübung öffentlich rechtlicher Befugnisse berufen sind. Es entscheidet also die rechtliche Stellung, welche die genannten Angestellten nach außen — Dritten gegenüber — haben. Aehnlich Olshausen Anm. 2 zu § 359 StGB. Während es beim staatsrechtlichen Beamtenbegriff hauptsächlich auf die Stellung nach innen, zu Reich und Staat, ankommt, handelt es sich beim StGB. im 28. Abschnitt ganz wesentlich auch um den Schutz des Publikums, und daher ist ausschlaggebend die rechtliche Stellung, die die betr. Personen nach außen, Dritten gegenüber, haben. Schwartz Anm. 3 zu § 359 teilt die Auffassung des RG., daß aus der Uebertragung öffentlich rechtlicher Funktionen auf eine stillschweigende Anstellung geschlossen werden könne. Ebenso Wachenfeld S. 591, 592. Allfeld S. 603, 604, ferner Note 2 zu § 145. Brandt S. 27—29, derselbe in der Jur. Wochenschrift 1928, S. 3251 zu Nr. 24. Bohne Art. Amtsdelikte S. 128. Puppe S. 92—99. Holl S. 20; Heslenfeld in der Leipziger Zeitschrift. Arndt in der Jur. Wochenschrift 1917 S. 725, 726; 1918 S. 821. Nawiasky in der Jur. Wochenschrift 1928 S. 2324 zu Nr. 12. Alle diese Schriftsteller billigen im Grunde die in der Rechtsprechung des RG. zu Tage tretende Tendenz, das Begriffsmerkmal der „Anstellung" zu einem rein formalen Erfordernis zurückzudrängen, und als materiellen Schwerpunkt des Beamtenbegriffes die Innehabung öffentlich rechtlicher Funktionen, die Wirksamkeit nach außen, dem Publikum gegenüber, also die Amtsausübung anzusehen.

Trotz dieser außergewöhnlich weiten Auslegung des Beamtenbegriffes, die eben deshalb, wie noch dargestellt wird, einen Teil der Rechtslehre zu starken Widerspruch veranlaßt hat, gelang es immer noch nicht, alle diejenigen Fälle, bei denen es wünschenswert gewesen wäre, in den Kreis der möglichen Täter von Amtsdelikten einzubeziehen. Dies lag an der

ungünstigen Fassung des § 359 StGB., insbesondere an der „erblichen Belastung" des Beamtenbegriffes des StGB. mit dem staatsrechtlichen Begriff der Anstellung. Beispielsweise war es bei gewissen Personen, die zwar öffentlich Aemter inne haben, bei denen aber keine formale Anstellung vorliegt, und auch aus der Innehabung eines öffentlichen Amtes deshalb nicht auf eine stillschweigende Anstellung zurückgefolgert werden kann, weil ihnen ihr Amt auf Grund einer allgemeinen Untertanenpflicht übertragen war, wie z. B. Schöffen und Geschworenen, Beisitzern der Arbeitsgerichte, der Seemannsämter und anderen Laienbeisitzern nicht möglich, sie zu den Beamten zu rechnen, weil eben das gesetzliche Erfordernis der Anstellung fehlte, und auch durch keinerlei Konstruktionen fingiert werden konnte. Hieraus ergaben sich gewisse sehr unerwünschte Gesetzeslücken. So können die Beisitzer der oben genannten Gerichte die Delikte der Geschenkannahme (§ 331 StGB.) und der passiven Bestechung (§ 332 StGB.), sofern im letzteren Falle nicht der Tatbestand des § 334 StGB. vorliegt, straflos begehen. Ferner ist es im Falle des § 334 StGB. nicht möglich, andere Laienrichter als die dort genannten: Schöffen, Geschworene, Beisitzer einer Arbeitsgerichtsbehörde, trotz Vorlegen des Tatbestandes dieses Paragraphen wegen passiver Richterbestechung zu verurteilen, da einerseits diese Laienrichter aus den oben genannten Gründen keine Beamten sind, der § 334 StGB. aber den Begriff des Richters auf den des beamteten Richters beschränkt, andererseits die Aufzählung der Laienrichter eine erschöpfende sein soll, und analoge Ausdehnung auf andere, im Paragraphen nicht genannte Laienrichter nach den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechts unzulässig ist. Andere Laienrichter können also auch dieses Delikt straflos begehen. Eine andere Gesetzeslücke, die sich aus dem oben Gesagten ergibt, befindet sich im § 336 StGB. Unzweifelhaft sind sämtliche oben genannte Laienrichter in der Lage, bei der Entscheidung einer Rechtsfrage vorsätzlich zu Gunsten oder Ungunsten einer Partei das Recht zu beugen. Da aber § 336 StGB. als taugliche Täter ausdrücklich nur Beamte und Schiedsrichter benennt, so können also Schöffen und Geschworene neben den anderen Laienrichtern, straflos diesen Tatbestand erfüllen, horribile dictu wie Binding mit Recht sagt. Trotzdem also das Reichsgericht den Beamtenbegriff des § 359 StGB. soweit, wie es de lege lata möglich war,

im Sinne des Grundsatzes ausgedehnt hat, daß die Besorgung staatlicher Geschäfte das entscheidende Moment des Beamtenbegriffes sei, konnte doch auch eine derartig weite Auslegung gegenüber diesen Gesetzeslücken noch keine Abhilfe schaffen.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat im einzelnen auch von Seiten derer, die grundsätzlich seiner Auffassung folgen, Widerspruch erfahren, Rosenberg Anm. I zu § 359 StGB. wendet sich besonders gegen die Formel des RG., daß derjenige Beamte sei, der berufen sei, als Organ der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität für die Herbeiführung der Zwecke des Staates tätig zu sein; diese Formel sei zu weit, daher ungenau und unrichtig. Auch die zweite, nicht ganz so weit gehende Formel, daß ein Beamter derjenige sei, der berufen ist, Funktionen öffentlich rechtlicher Art wahrzunehmen, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind, und dem Staatszweck (Verwirklichung staatlicher Zwecke) unmittelbar oder mittelbar dienen, hält Rosenberg für keine Verbesserung, da der Staat zur Erreichung seiner Zwecke auch Organe verwenden könne, denen der amtliche Charakter vollständig fehle wie schon ein altes Urteil des preuß. Obertribunals (Oppenhoff 23 552), ferner Laband I. Band S. 432 fesstellten. Schwartz Anm. 2 c zu § 359 StGB. erkennt an, daß das Reichsgericht bei der Anwendung des Grundsatzes, daß Privatangestellte durch Uebertragung öffentlich rechtlicher Funktionen Beamtenqualität im strafrechtlichen Sinne erhielten, „entschieden zu weit gehe". Heslenfeld in der Leipziger Zeitschrift weist besonders auf die Widersprüche hin, die sich aus der — vom Reichsgericht inzwischen fallen gelassenen — Unterscheidung zwischen Diensten höherer und niederer Art ergab, sowie aus dem Erfordernis, daß die dienstlichen Obliegenheiten solche sein mußten, daß sie nur von einem Beamten mit rechtlicher Wirksamkeit vorgenommen werden können. Gegen das RG. speziell über die Frage, ob Beamteneigenschaft, wenn der angestellten Person bei der Annahme zum Dienst ausdrücklich erklärt worden ist, sie solle n i c h t als Beamter angestellt werden, auch Hoffmann (Recht 17. Jahrgang Nr. 2 Seite 63, 64). Alle diese genannten Schriftsteller greifen, wie schon hervorgehoben, nur Einzelheiten an, während sie im übrigen mit der reichsgerichtlichen Auffassung konform gehen. Keine prinzipielle Ueber-

einstimmung mit der reichsgerichtlichen Auffassung zeigen die beiden folgenden, Wachinger und Hälschner, Wachinger S. 238 verwirft die Formel des RG., daß als im Reichs- oder Staatsdienst angestellt diejenigen Personen zu gelten haben, die als Organe der Staatsgewalt für Zwecke des Staates tätig seien mit der Begründung, daß sie auf jeden Inhaber eines Amtes paßte. Mit derselben Begründung verwirft dieselbe auch Hälschner II. Band S. 1033 Anm. 4.

Eine dritte Gruppe von Schriftstellern endlich bekämpft den prinzipiellen Standpunkt des RG., daß die Wirksamkeit nach außen, die Amtsausübung, das Entscheidende sei. Hier steht an erster Stelle Binding, der der herrschenden Lehre vorwirft, daß sie nicht mit der notwendigen Klarheit zwischen „Beamte" und „Trägern öffentlicher Aemter" unterscheide. (Lehrbuch II. Band S. 382) „In dieser Laxheit der Praxis kann man eine Art unbeabsichtigter Kritik des Gesetzes erkennen. Der schwierigen Frage näher zu treten, wie weit die beamteten Träger der Staatsgewalt als Subjekte von Verbrechen gegen die Amtsgewalt anzuerkennen seien, hat sich das GB. — von einzelnen kleinen Ausnahmen abgesehen — enthalten. Und so ist sein Standpunkt zweifellos formalistisch. Allein trotzdem verlangt er unbedingte Achtung in der Rechtsprechung, und die Frage, wie weit er mit einer freieren, gesetzgeberisch aber zugleich brauchbaren später wird vertauscht werden, muß als offene betrachtet werden." (Lehrbuch II. Band S. 382, 383). Weitere Angriffe auf das RG. und die ihm folgende Lehre, weil sie sich über die durch das Gesetz gegebenen Schranken hinwegsetze, s. Lehrbuch S. 388, 389, Note 1, 391 Note 2.

Auch v. Liszt-Schmidt S. 817 sagt, daß § 359 StGB. die Anstellung und das Diensverhältnis b e t o n e n. Dann weiter in Note 2: „Das RG. und die ihm folgende Lehre, übersehen, daß das Gesetz die Anstellung betont, also ein öffentlich rechtliches Subjektionsverhältnis des Beamten gegenüber dem Staat voraussetzt". Auch Gerland (Grundriß S. 266) betont, daß entscheidend sei die staatliche Anstellung, d. h. die Begründung eines öffentlich rechtlichen Dienstverhältnisses, die sich als solche scharf von der zivilrechtlichen Anstellung unterscheidet; durch letztere werde, auch wenn der Vertrag vom Staat geschlossen wird, niemals Beamtenqualität begründet. Wann eine rechtswirksame staatliche Anstellung vorliege, ergebe sich nach dem jeweiligen Staatsrecht. Wenn das Gesetz

Privatangestellten öffentlicher Korporationen öffentlich rechtliche Funktionen übertrage, so würden diese Angestellten hierdurch nicht zu Beamten im Sinne des § 359 StGB.

Im ganzen genommen kehrt also die letztgenannte Gruppe von Schriftstellern zur staatsrechtlichen Auffassung des Beamtenbegriffes zurück. Auch Frank Anm. II zu § 359 StGB. hält die Anstellung, im Sinne der Begründung eines öffentlich rechtlichen Gewaltverhältnisses für das allein maßgebende. (So wohl auch Hubrich im Gerichtssaal 59. Band Seite 326 f.) Wenn der Staat derart in einen Vertrag zu einer Person tritt, daß sie nur durch privatrechtliche Beziehungen verbunden werden und ein öffentlich rechtliches Gewaltverhältnis fehlt, so werde die betr. Person nicht zu Beamten. Die Frage, von wem die Anstellung auszugehen habe, und in welcher Form sie stattfinde, beurteile sich nach dem maßgebenden Staats- und Verwaltungsrecht. Frank bekämpft scharf die Ansicht des Reichsgerichts, daß durch die Uebertragung öffentlich rechtlicher Funktionen eine Anstellung stillschweigend vollzogen werde, und daß diese aus jener zu folgern sei.

4. Das Entstehen des Amtsträgerbegriffes.

Binding Lehrbuch II. Band S. 382, 383, 395—406; derselbe im Gerichtssaal 64. Bd. S. 1—20; Birkmeyer S. 344, 345; Höpner in Aschrott-Kohlrausch, Reform, S. 253 f.; Kleinfeller im Gerichtssaal 92. Band S. 336; Mendelssohn-Bartholdy in der vergleichenden Darstellung 6. Band Seite 309; von Ullmann in der vergleichenden Darstellung Band 9 S. 376; Preiser in Aschrott-v. Liszt, Reform, S. 238; Wachinger S. 306.

Auch der Teil der Rechtslehre, der in Opposition zur Auffassung des RG. steht, verkennt keineswegs, daß ein strafrechtlicher Beamtenbegriff, der nicht über den Umfang des staatsrechtlichen hinausgeht, für die Bedürfnisse der Praxis zu eng ist. So erklärt z. B. Binding selbst den Standpunkt des § 359 für „formalistisch." Diese Schriftsteller verkennen weiterhin auch nicht, daß die Ergebnisse, zu denen das RG. durch seine nach ihrer Ansicht über die Grenzen des Möglichen hinausgehende Ausdehnung des strafrechtlichen Beamtenbegriffes gelangt, praktisch brauchbare und wünschenswerte sind, von einigen besonders extremen Konsequenzen, die ja auch von dem Teil der Lehre, der der Auffassung des RG. im allgemeinen folgt, bekämpft werden, abgesehen. Diese Schrift-

steller schlagen daher, da der Weg, den das RG. gegangen ist, nach ihrer Ansicht im geltenden Recht keine Stütze findet, de lege ferenda vor, den Schwierigkeiten, die der Beamtenbegriff der strafrechtlichen Praxis und Dogmatik bereitet hat, dadurch aus dem Wege zu gehen, daß man ihn durch einen neuen Begriff, dem des „Amtsträgers" ersetze. Diese Forderung hat besonders Binding mit großer Energie vertreten. (Lehrbuch II. Band S. 382, 383, 395—406. Ferner im Gerichtssaal 64. Band S. 1 ff. und besonders S. 20). Ihm hat sich ein großer Teil der Literatur, auch soweit er Bindings Standpunkt über den Beamtenbegriff nicht teilt, angeschlossen. Die Stellungnahme des Teils der Rechtslehre, die den Amtsträgerbegriff propagiert, ist über die Frage, was hierunter zu verstehen ist, noch nicht ganz klar und eindeutig. Binding selbst definiert nirgends genau, was er unter einem „Amtsträger" versteht. Dies läßt sich aber ziemlich sicher aus dem Zusammenhang seiner Darlegungen entnehmen. Er geht vom Amtsverbrechen aus, dessen Wesen er in der Verwendung der Staatsgewalt seitens ihres Organes zu widerrechtlichen Akten innerhalb ihrer Zuständigkeit erblickt, mag dieses Organ nun in einem festen Beamtenverhältnis im staatsrechtlichen Sinne zum Staate stehen, oder auf eine beliebige andere Weise rechtmäßig als Organ der Staatsgewalt tätig sein. (Vergl. Gerichtssaal 64, S. 10; ähnlich Lehrbuch II. Band 2. Abs. S. 402—406, insbesondere S. 405): „das Wesen des Amtsverbrechens besteht in dem Mißbrauch der Staatsgewalt zu deliktischen Angriffen auf Rechte oder Rechtsgüter, die ihrem Organ in die Hand gegeben sind"). Da diese echten Amtsdelikte im Sinne Bindings jeder begehen kann, der ein Amt inne hat, auch wenn er nicht in einem festen Staatsdienstverhältnis steht, so seien auch solche nicht beamteten Amtsträger in der Strafbarkeit den Beamten prinzipiell gleichzustellen. Weiter läßt sich aus dem Zusammenhang von Bindings Darlegungen entnehmen, daß er unter „öffentlichem Amt" nur ein sog. Staatsamt versteht. (Vergl. Gerichtssaal 64. Band S. 9—14). Man kann also wohl sagen, daß Binding unter einem Amtsträger eine Person versteht, die ein Staatsamt ausübt, und somit in der Lage ist, Amtshandlungen mit rechtlicher Wirksamkeit vorzunehmen, sodaß diese als vollgültige Akte der Staatsgewalt sich darstellen. Binding will indessen nur für die Gruppe der echten

Amtsverbrechen, wie er sie versteht, den Nichtbeamten als Amtsträger dem Beamten gleichstellen, eine allgemeine Gleichstellung von Beamten und Amtsträgern lehnt er als viel zu weit gehend ausdrücklich ab. (Vergl. im Gerichtssaal 77. Band S. 4 u. 5 Note 2).

Wachinger (S. 306) versteht unter „öffentlichen Amtsträgern: wer unmittelbar durch Gesetz oder durch einen (formellen oder formlosen) öffentlich rechtlichen Akt (Ernennung, Wahl, Auftrag) berufen ist, als Organ des Staates oder eines abgeleiteten Trägers der Staatsgewalt für öffentliche Zwecke tätig zu sein." Die Amtsausübung bildet also ein sehr wesentliches Begriffsmerkmal des Amtsträgerbegriffes, wie ihn Wachinger versteht. Wachinger will im allgemeinen den Amtsträger den Beamten gleichstellen. (S. 305): „Die Amtsverbrechen müssen aus Standesverbrechen der Beamten zu Sonderverbrechen der Amtsträger werden." Wachinger beschränkt den Amtsträgerbegriff also nicht nur auf das Gebiet der sog. echten Amtsverbrechen. Er gibt jedoch zu, daß es nicht ausgeschlossen sei, gewisse Delikte, wie z. B. die Geschenkannahme, auf beamtete Amtsträger zu beschränken, und empfiehlt, sowohl mit dem Begriff „Amtsträger" wie mit dem „Beamter" zu operieren.

Birkmeyer spricht verschiedentlich von Amtsträgern, sowie davon, daß die Tendenz bestehe, alle Inhaber eines Amtes dem Beamten in Beziehung auf die Strafbarkeit gleichzustellen, (S. 344, 345) gibt jedoch keine nähere Aufklärung, was er unter Amtsträgern versteht. Auch von Ullmann S. 376 spricht nur davon, daß der Kreis der Subjekte der Rechtsbeugung zu eng sei und nur beamtete Richter, nicht aber auch Laienrichter nach § 336 StGB. als Subjekte der Rechtsbeugung (neben den Schiedsrichtern) anerkannt seien. Auch Wach (in der vergleichenden Darstellung 6. Band S. 20) bewegt sich lediglich im Rahmen allgemeiner Erörterungen, ebenso Mendelssohn-Bartholdy (vergleichende Darstellung 6. Band S. 309). Kleinfeller (im Gerichtssaal 92. Band S. 336) findet eine Ausdehnung der Tatbestände der Beamtendelikte auf Amtsträger als durchaus gerechtfertigt, weil die besondere Treupflicht, deren Verletzung das Wesen dieser Delikte ausmachen, durch die Uebertragung des Amtes auch ohne Beamtenstellung begründet würde. Eine eigene Definition des Amtsträgerbegriffes stellt er nicht auf, ebenso auch nicht Preiser, der ebenfalls

für den Amtsträgerbegriff eintritt. (In Aschrott-v. Liszt, Reform, II. Band S. 238). Ebenso Höpler (in Aschrott-Kohlrausch, Reform, S. 253 ff.).

Die genannten Schriftsteller verfolgen mit ihren Vorschlägen de lege ferenda also im Grunde dasselbe Ziel, welches auch das RG. und die ihm folgende Lehre bei ihrer außerordentlich weiten Auslegung des Beamtenbegriffes im Auge haben, nämlich die Amtspflichtverletzungen derjenigen Personen strafrechtlich zu treffen, die, ohne in einem festen Beamtenverhältnis im staatsrechtlichen Sinne zu stehen, zur Verrichtung staatlicher Funktionen herangezogen werden. Das Bedürfnis, auch diese Personen zur strafrechtlichen Verantwortung heranzuziehen, wurde um so dringender, da der Staat in immer steigendem Maße Privatpersonen zur Erfüllung staatlicher Aufgaben heranzieht. Es besteht dabei sowohl das Bedürfnis, das Publikum vor Uebergriffen dieser Personen zu schützen, die ihnen infolge ihrer amtlichen Machtstellung möglich sind, wie auch dasjenige, diesen Personen, die dem Staate ihre Dienste darbringen, die jeder andere fest angestellte Beamte auch, bei der Ausübung dieser Dienste denselben staatlichen Schutz angedeihen zu lassen, wie fest angestellten Beamten. Die letztere Seite des Amtsträgerproblems hat in der Literatur eigentümlicherweise sehr wenig Beachtung gefunden. Meist wurde das Problem im Zusammenhang mit den Amtsdelikten behandelt, und es wurde auch nur auf diese eine Seite — Schutz der Allgemeinheit vor Uebergriffen der Amtsträger — eingegangen. Die Gründe hierfür werden später noch gezeigt werden.

5. Die Reform.

Das Eintreten eines so bedeutenden Teils der Strafrechtswissenschaft für die Einführung des Amtsträgerbegriffes hat natürlich auf die Strafrechtsreform starken Einfluß gehabt. So definiert der Vorentwurf von 1909 in § 12 Ziffer 3: „Dieses Gesetz versteht unter einem Beamten: eine Person, die zur Ausübung eines öffentlichen Amtes berufen ist.“ Von „Anstellung“ und „Staatsdienst“ ist nicht mehr die Rede, dagegen von „Ausübung eines öffentlichen Amtes“, was schon im Sinne Bindings und Wachingers ein wesentliches Begriffsmerkmal des Amtsträgerbegriffes bildet. Die Begründung zum Vorentwurf, (S. 21) bemerkt dazu, daß die Bestimmungen des

Entwurfes nicht mehr, wie bisher, an die Beamteneigenschaft im bisherigen Sinne, d. h. an das Anstellungsverhältnis, sondern an die Amtsausübung unter der Voraussetzung ihrer gesetzmäßigen Uebertragung anknüpfen, daß die Regelung in diesem Sinne von der Wissenschaft fast allgemein gefordert worden sei, außerdem auch dem gegenwärtigen Verfassungs- und Verwaltungsrecht entspräche. Der Gegenentwurf von 1911 behielt die Beamtendefinition in der Fassung des Vorentwurfes bei, ebenso die Entwürfe von 1913 und 1919 (vergl. auch die Gegenüberstellung von: Schäfer, Deutsche Strafgesetzentwürfe). Die Entwürfe stellten bei der Feststellung der Beamteneigenschaft also bereits vollständig auf die Amtsausübung ab, behielten aber noch den Ausdruck „Beamter" bei. Erst der Entwurf von 1925, der im übrigen die Legaldefinition in der Fassung der früheren Entwürfe beibehielt, gebrauchte statt „Beamter" den Ausdruck „Amtsträger". Die Begründung (S. 11) bemerkt zu dem Wechsel des Ausdrucks nur kurz und bündig, daß der Entwurf den Ausdruck „Beamter" durch „Amtsträger" ersetze und mit diesem Ausdruck einen erheblich weiteren Begriff verbinde. Der Entwurf von 1927 hat in seiner Legaldefinition, § 9 Ziffer 4, den Ausdruck „Amtsträger" beibehalten. Etwas eingehender als beim Entwurf von 1925 bemerkt die Begründung (S. 11) dazu, daß der Entwurf, um schon äußerlich zum Ausdruck zu bringen, daß er nicht nur die Beamten im staatsrechtlichen Sinne treffen wolle, nicht mehr die Bezeichnung „Beamter", sondern „Amtsträger" verwende.

Hiermit hat die Entwicklung des strafrechtlichen Beamtenbegriffes einen gewissen Abschluß erreicht. Wie dargestellt hat das Strafrecht den ursprünglich aus dem Staatsrecht übernommenen Begriff selbständig weiter entwickelt, und sich einen eigenen strafrechtlichen Beamtenbegriff geschaffen. Seine Emanzipation vom staatsrechtlichen Beamtenbegriff bringt das Strafrecht nun auch äußerlich dadurch zur Geltung, daß es für seinen Begriff eine eigene Bezeichnung wählt, die zwar nicht neu, und auch nicht ausschl. auf den Boden des Strafrechts entstanden ist, (Laband I. Band S. 432 verwendet zwar nicht direkt den Ausdruck „Amtsträger", er spricht jedoch von Personen, die ein Amt haben, ohne Beamte zu sein), der aber bisher als selbständiger juristischer Begriff noch auf keinem Gebiet des geltenden Rechts verwendet worden ist.

Ob diese Emanzipation im Ausdruck auch eine in der Sache ist, oder ob auch der Amtsträgerbegriff noch mehr oder weniger stark von staatsrechtlichen Unterbegriffen abhängig ist, soll im folgenden untersucht werden, ebenso das Verhältnis des Amtsträgerbegriffes des Entwurfs zu den bisher schon, wie oben gezeigt, in der Wissenschaft vertretenen. Zunächst soll aber untersucht werden, welche Personen schon nach dem Wortlaut des geltenden Strafgesetzbuchs als Amtsträger angesehen werden können, sofern unter Amtsträgern zunächst einmal, ohne auf irgendwelche Einzelheiten einzugehen, Personen verstanden werden sollen, die, ohne Beamte im strafrechtlichen Sinne zu sein, dennoch ein öffentliches Amt, auch auf diesen Begriff soll zunächst noch nicht weiter eingegangen werden, ausüben.

II. Kapitel.

Der Amtsträgerbegriff.

1. Amtsträgerformen im Strafgesetzbuch.

Binding Lehrbuch S. 382; Gerland Grundriß S. 267; Hälschner II. Band S. 1022, 1023; Laband I. Band S. 430, 431; von Liszt-Schmidt S. 783; Nagler, S. 21 Anm. 2; Puppe S. 79; Schütze S. 525; Wachinger S. 249.

Als einer der ersten hat Laband darauf aufmerksam gemacht, daß die Begriffe „Amt" und „Beamter" sich nicht decken, daß es daher Beamte geben kann, die kein Amt haben — wenigstens zeitweise — andererseits aber auch Personen, die ein Amt haben ohne Beamte zu sein. Zwar hat Laband natürlich in erster Linie für das Gebiet des Staatsrechts seine Fesstellungen gemacht, er hat aber hierbei auch (vergl. I. Band S. 430, 431) die strafrechtliche Seite weitgehend berücksichtigt. Er hebt auch an anderer Stelle (Vorwort zur ersten Auflage) „den inneren, unauflöslichen Zusammenhang" des Staatsrechts mit dem Strafrecht hervor. Man hat sich im Anschluß an Binding, der das Auseinanderfallen von „Amt" und „Beamter" in besonders eingehender Weise vom Standpunkt des Strafrechts aus untersucht hat, (vergl. Lehrbuch II. Band S. 382), daran gewöhnt, nur nichtbeamtete Personen als „Amtsträger" zu bezeichnen, im Gegensatz zu den fest angestellten

Beamten. In der älteren Literatur werden dagegen beide Begriffe noch nicht in dieser scharfen Unterscheidung gebraucht, sondern es werden als Amtsträger überhaupt alle Personen, die ein Amt inne haben, also auch die Beamten, bezeichnet. In diesem Sinne spricht z. B. Hälschner von „Amtsinhaber", „Träger eines öffentlichen Amtes" (so z. B. im II. Band S. 1022, 1023). Die neuere Rechtslehre dagegen spricht von Amtsträgern nur im Sinne von nicht beamteten Inhabern eines Amtes. Im geltenden Strafgesetzbuch gibt es mehrere derartige Amtsträger.

§ 31 StGB. z. B. rechnet zu den öffentlichen Aemtern im Sinne des StGB. auch die Advokatur, die Anwaltschaft und das Notariat, der Geschworenen- und Schöffendienst. § 359 StGB. dagegen erklärt ausdrücklich, daß Advokaten und Anwälte n i c h t Beamte im Sinne des StGB. seien. Ferner ergibt sich aus diesem Paragraphen, wie oben dargestellt, daß auch Schöffen und Geschworene nicht zu den Beamten im strafrechtlichen Sinne zu rechnen sind. Anwälte, Schöffen und Geschworene bekleiden also öffentliche Aemter, ohne Beamte zu sein, sie sind also als Amtsträger in dem oben gesagten Sinne anzusehen. Es sind ferner bei den im 28. Abschnitt des StGB. aufgeführten Amtsdelikten als Täter neben den Beamten teilweise auch andere, nicht beamtete Personen genannt. Aus der Ueberschrift des Abschnitts sowie aus dem engen Zusammenhang, in dem diese Personen in den einzelnen Tatbeständen mit den Beamten zusammen aufgeführt werden, ist zu entnehmen, daß auch diese Personen ein Amt im Sinne des Strafgesetzbuchs haben (vergl. Wachinger S. 249; Laband I. Band S. 431; Puppe S. 79; Gerland Grundriß S. 267). Daß aus der Einreihung der einzelnen Delikte in dem 28. Abschnitt dogmatische Rückschlüsse auf die Natur dieser hier eingereihten Tatbestände) (— und somit auch einzelnen Tatbestandsmerkmale —) gezogen werden können, bestreitet Nagler (S. 21 Anm. 2), der in der Zusammenfassung der Delikte des 28. Abschnitts unter der Ueberschrift „Verbrechen und Vergehen im Amte" nur eine nach rein äußerlichen Gesichtspunkten aufgestellte Rubrizierung erblickt, (vgl. auch Schütze S. 525). So haben die im § 334 StGB. neben den — beamteten — Richtern genannten Schiedsrichter und Beisitzer einer Arbeitsgerichtsbehörde Aemter im Sinne des Strafgesetzbuchs (die an derselben Stelle genannten Schöffen und Geschwore-

nen haben, wie dargelegt, schon nach § 31 ein Amt), ferner die Schiedsrichter im § 338 StGB., die „sonstigen Rechtsbeistände" in den §§ 352 und 356, im § 355 die mit der Beaufsichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt betrauten Personen. Alle diese Personen bekleideten öffentliche Aemter im Sinne des Strafgesetzbuchs, ohne Beamte zu sein, und werden deshalb zu den Amtsträgern gerechnet. Weiterhin wird man als Amtsträger anzusehen haben, die den Schutz des § 113 StGB. genießenden Personen, welche zur Unterstützung der Beamten herangezogen werden, ferner die ebendort genannten Mannschaften der bewaffneten Macht (soweit sie nicht Beamte sind) und die einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr (vgl. v. Liszt-Schmidt S. 789), ebenso die in den §§ 120, 122, 121 genannten Personen, die mit der Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung von Gefangenen beauftragt worden sind. Diese Personen üben staatliche Funktionen aus und so läßt ihnen der Staat auch besonderen Schutz angedeihen.

Die Amtsträgereigenschaft dieser Personen ist positiv aus dem Strafgesetzbuch zu entnehmen, ohne daß es einer vorherigen Klarlegung bedürfte, ob die Funktionen, die diese Personen ausüben, ihrer Natur nach als öffentliche Aemter anzusehen sind, denn daß diese Funktionen jedenfalls im Sinne des Strafgesetzbuchs als öffentliche Aemter angesehen werden sollen, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Es gibt aber in den Nebenstrafgesetzen noch eine Anzahl Personen, die zwar nicht Beamte sind, deren Amtsträgereigenschaft aber auch nicht unmittelbar durch das Gesetz festgelegt ist, sondern davon abhängt, ob sie öffentliche Aemter inne haben. Um dies feststellen zu können, bedarf es einer vorherigen Klarlegung des Begriffes „öffentliches Amt". Da wir diesen Begriff erst im folgenden erörtern werden, wird erst danach auf die Amtsträgereigenschaft der in den Nebengesetzen aufgeführten Personen eingegangen werden, und zwar bei der Gegenüberstellung des Amtsträgerbegriffes des E. mit dem des geltenden Rechts sowie der Rechtslehre.

2. Die Legaldefinition des E.

Binding Lehrbuch II. Band S. 381—383; derselbe im Gerichtssaal 77. Band S. 5, Nr. 3; Eckstein S. 489, 543; Frank

Anm. 1 zu § 359 StGB.; Gerland, der Entwurf 1925; Hälschner II. Band S. 794, 1028, 1029; Hochheiser S. 17; Holl S. 1; Kohlrausch S. 13; Kleinfeller im Gerichtssaal 92. Band S. 337; von Liszt-Schmidt S. 817; Olshausen Anm. 2 und Anm. 8 zu § 359 StGB.; Oppenhoff Anm. 1 zu § 359 StGB.; Preiser S. 238; Rosenberg im Leipziger Komm. Anm. 8 zu § 359 StGB.; Schwartz Anm. 1 u. Anm. 2 zu § 359 StGB.; Wach in der vergleichenden Darstellung 6. Band S. 29; derselbe in Aschrott-von Liszt, Reform, II. Band S. 19; Wachenfeld S. 590; Wachinger S. 236; RGStr. *6* 215; *29* 15.

Im geltenden Strafrecht ist es bestritten, ob der § 359 StGB., auf dem der strafrechtliche Beamtenbegriff basiert, eine Legaldefinition geben will, oder lediglich eine allgemeine Rahmenbestimmung, die einzelne Merkmale als für das Strafrecht wesentlich feststellt, andere für unwesentlich erklärt. (In letzterem Sinne: von Liszt-Schmidt S. 817; Schwartz Anm. 2 zu § 359 StGB.; Holl S. 1; ferner ganz besonders Eckstein S. 543; dagegen die herrschende Lehre: Hälschner II. Band S. 1028, 1029; Binding Lehrbuch II. Band 2. Abt. S. 381, 382; Wachenfeld S. 590; Olshausen Anm. 2 zu § 359; Frank Anm. 1 zu § 359 StGB.; Wach in der vergleichenden Darstellung 6. Bd. S. 29; Wachinger S. 236 und das RG. in **6** 215, **29** 15). Es ist zuzugeben, daß die Form der Abfassung des § 359 StGB. mit der Aufzählung der einzelnen Merkmale, die teils als wichtig, teils als unwichtig bezeichnet werden, zu Zweifeln Anlaß geben kann. Solche Zweifel sind bei § 9 Ziffer 4 des E. nunmehr ausgeschlossen. Wenn auch die Ueberschrift dieses Paragraphen nicht lautet: „Legaldefinitionen", so ergibt sich aus der Form dieses Paragraphen, der kurz und knapp nur diejenigen Merkmale feststellt, die ausreichen, um die Amtsträgereigenschaft zu begründen, daß er eine Legaldefinition enthält. Daß bei der Abfassung des Entwurfes die Schaffung einer Legaldefinition beabsichtigt war, ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte dieses Paragraphen. Einer Anregung Wachs in der vergleichenden Darstellung 6. Band S. 30 folgend (vergl. auch Wach, die Technik des Vorentwurfes in Aschrott-von Liszt, Reform, S. 19), der vorschlug, gewisse positivrechtliche Begriffe, die tatbeständliche Elemente bilden, und anderweit nicht genügend feststehen, durch Legaldefinition festzulegen, gab schon der Vorentwurf von 1909 unter der Ueberschrift: „Sprachgebrauch" eine Reihe von Fest-

setzungen, was in seinem Sinne als: „Angehörige", „Beamte" usw. gelten sollte, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die von Wach ausgegangene Anregung (Begründung zum Vorentwurf S. 19 unter § 12 und Note 5). Es sollte sich bei diesen Festsetzungen des Sprachgebrauchs also offenbar um die von Wach geforderten Legaldefinitionen handeln. Die folgenden Entwürfe haben sämtlich diese Festsetzung des Sprachgebrauchs weiter beibehalten, und vermehrt. Auch in der zur Strafrechtsreform entstandenen Literatur ist bisher nicht angezweifelt worden, daß es sich in diesem Paragraphen um Legaldefinitionen handelt. (Vgl. Binding im Gerichtssaal 77. Bd. S. 5 Note 3; Preiser S. 238; Kohlrausch S. 13; Gerland Entwurf 1925 S. 25; Hochheiser S. 79, 80; Kleinfeller im Gerichtssaal 92. Band S. 337). Wenn also auch das Gesetz selbst seine Festsetzungen des Sprachgebrauchs nicht als Legaldefinitionen bezeichnet, so handelt es sich doch, jedenfalls hinsichtlich der Begriffsbestimmung des Amtsträgers, in diesem Paragraphen zweifellos um eine solche, und es soll deshalb in folgendem vom § 9 Ziffer 4 des E. als von der Legaldefinition des Amtsträgerbegriffes gesprochen werden.

Im Grunde war der Streit, ob es sich bei § 359 StGB. um eine Legaldefinition oder eine Rahmenbestimmung handele, von keiner praktischen Bedeutung. Viel bedeutungsvoller war eine weitere Frage, die aus der Stellung dieses Paragraphen in System des Strafgesetzbuchs entsprang, nämlich die nach dem Geltungsbereich dieser Vorschrift. Aus seiner Stellung im 28. Abschnitt ist gefolgert worden, daß er lediglich für diesen Abschnitt, nicht aber für das ganze StGB. Geltung haben sollte. Ein anderer Teil der Rechtslehre vertrat den Standpunkt, daß der Paragraph für das ganze StGB. gelte, aber auch nur für dieses gelten sollte, nicht also auch für die strafrechtlichen Nebengesetze (vgl. Eckstein S. 489, Hochheiser S. 17). Die herrschende Meinung nimmt an, daß er nicht nur für das ganze StGB., sondern überhaupt für das ganze geltende Strafrecht, also auch für die strafrechtlichen Nebengesetze gilt (so Hälschner II. Band S. 794; Binding II. Band S. 382; Schwartz Anm. 1 zu § 359; Olshausen Anm. 8 zu § 359; Rosenberg im Leipziger Komm. Anm. 8 zu § 359; Oppenhoff Anm. 1 zu § 359; Wachinger S. 234 und das RG.). Auch diese Streitfrage des geltenden Rechts ist im Entwurf behoben, und zwar erstens durch den Wortlaut der Legaldefinition und ihre

Stellung im System des E., zweitens durch Art. 7 und 8 des Entwurfes eines Einführungsgesetzes zum E. Aus der Stellung im allgemeinen Teil, sowie auch aus dem Wortlaut: „im Sinne dieses Gesetzes ist: Amtsträger usw." folgt, daß die Legaldefinition für den ganzen E. Geltung haben soll. Art. 7 des Einführungsgesetzes lautet: die Vorschriften des allgemeinen Teils des Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs gelten für das z. Zt. seines Inkrafttretens bestehende Reichsrecht, soweit nicht dieses Gesetz Ausnahmen besonders zuläßt. Sie gelten, so weit nichts anderes bestimmt wird, auch für das zukünftige Reichsrecht". Art. 8: „die Vorschriften der allgemeinen Teile des Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs gelten für das z. Zt. seines Inkrafttretens bestehende und für das zukünftige Landesrecht, soweit nicht dieses Gesetz oder ein zukünftiges Reichsgesetz Ausnahmen besonders zuläßt und das Landesrecht Bestimmungen der zugelassenen Art enthält". Die Begründung S. 6 zum Entwurf des Einführungsgesetzes zum E. bemerkt dazu: „Die allgemeinen Teile des Strafgesetzentwurfes enthalten die leitenden Gedanken, die den wesentlichen Kern des neuen Strafrechts bilden. Bei dieser grundlegenden Bedeutung wäre es, wie bereits oben dargelegt, eine unerträgliche Halbheit, wenn ihre Wirksamkeit, wie im bisher geltenden Recht zugunsten einer abweichenden Regelung in den Nebengesetzen ohne weiteres zurücktreten müßte". Hierdurch ist also eindeutig festgelegt, daß die Legaldefinition des § 9 Ziff. 4 des E. Geltung haben soll für alle z. Zt. seines Inkrafttretens bestehenden sowie auch für die zukünftigen reichs- und landesrechtlichen Nebenstrafgesetze, die den Ausdruck Amtsträger verwenden, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmen sollte. Inwieweit die Legaldefinition auch für solche Nebengesetze Geltung hat, die zwar nicht den Ausdruck Amtsträger verwenden, aber dem Sinne nach von Amtsträgern handeln, wird später, bei der Gegenüberstellung des Amtsträgerbegriffes mit dem Beamtenbegriff des geltenden Rechts erörtert werden.

In zwei nicht unwesentlichen Punkten hat die Bestimmung des § 9 Ziff. 4 also, wie jetzt schon festgestellt werden kann, einen Fortschritt gebracht: Es steht fest, daß es sich um eine Legaldefinition handelt, und es steht ferner fest, welchen Geltungsbereich diese Legaldefinition haben soll.

3. Verwendung des Amtsträgerbegriffes im E.

Binding Lehrbuch II. Band S. 394; derselbe im Gerichtssaal 64. Band S. 1 u. 2; von Liszt-Schmidt S. 816; von Ullmann S. 376; Wachinger S. 305, 306; Protokolle des 21. Ausschusses, 31. und 32. Sitzung.

Der Entwurf verwendet den im § 9 Ziffer 4 definierten Amtsträgerbegriff an den verschiedensten Stellen. Hauptsächlich verwendet er ihn im 7. Abschnitt des besonderen Teils der die Ueberschrift trägt: „Verletzung der Amtspflicht. Amtsanmaßung und Amtserschleichung". Die Tatbestände dieses Abschnitts soweit sie Verletzungen der Amtspflicht betreffen, zerfallen in solche, die von jedem Amtsträger und in solche, die nur von bestimmten Kategorien von Amtsträgern begangen werden können. Zu den ersteren gehören die §§ 123 (Geschenkannahme), 124 Absatz 1 (passive Bestechung), § 130 (Nötigung durch Mißbrauch der Amtsgewalt), § 131 (Diebstahl und Unterschlagung im Amt), § 132 Abs. 2 (Urkundenverfälschung und Urkundenunterdrückung im Amt), § 133 Abs. 2 (Verfälschung und Unterdrückung öffentlicher Beglaubigungszeichen im Amt), § 134 (Verfälschung und Unterdrückung von Beweiszeichen im Amt), § 144 (Verleitung Untergebener). Delikte, die nur von ganz bestimmten Amtsträgergruppen begangen werden können, nennen die Paragraphen 125 (Richterbestechung), (aus welchen Gründen der E. mit Richtern richterliche Amtsträger meint, wird später dargelegt), Täter: Richter- oder Schiedsrichter). § 129 (Rechtsbeugung, Täter: Amtsträger oder Schiedsrichter), § 132 Abs. 1 (unrichtige Beurkundung. Täter: ein Amtsträger, der zuständig ist, zur Anbringung öffentlicher Beglaubigungszeichen), § 136 Abs. 1 (Erheben nicht geschuldeter Abgaben, Täter: ein Amtsträger, der Steuer, Gebühren, Abgaben oder andere Vergütungen, zu erheben hat). § 136 Abs. 2: (ein Amtsträger, der Geld oder andere Sachen amtlich auszugeben hat). § 137 (Verbrechen bei der Strafverfolgung. Täter: ein zur Mitwirkung bei einem Strafverfahren berufener Amtsträger). § 138 (gesetzwidrige Vollstreckung. Täter: ein zur Mitwirkung bei der Strafvollstreckung berufener Amtsträger). § 139 (Verletzung der Amtspflicht im Polizeidienst) wurde vom 21. Ausschuß gestrichen, vergl. Protokolle der Ausschußberatungen des 21. Ausschusses, 29. Sitzung S. 8—10). § 140 (Verletzung des Amtsgeheim-

nisses und untreue Amtsführung im auswärtigen Dienst. Täter: ein Amtsträger oder früherer Amtsträger, dem kraft seines Amtes Nachrichten oder Gegenstände anvertraut worden oder zugänglich geworden sind, die für die Beziehungen des Reiches mit auswärtigen Staaten von Bedeutung sind). § 142 Abs. 1 (Verletzung des Post-, Telegrafen- und Fernsprechgeheimnisses, Täter: Amtsträger, die im Dienst: Ziff. 1: der Post, Ziff. 2: einer öffentlchen Telegraphenanstalt, Ziff. 3: im öffentlichen Fernsprechdienst stehen). § 143 (Verletzung des Steuergeheimnisses. Täter: Amtsträger — und amtlich zugezogene Sachverständige — die Verhältnisse eines Steuerpflichtigen oder den Inhalt von Verhandlungen in Steuersachen offenbaren). Es läßt sich ferner im 7. Abschnitt noch eine dritte Gruppe von Tätern unterscheiden, von denen es zweifelhaft sein kann, ob sie als Amtsträger im Sinne des E. anzusehen sind oder nicht. Hierzu gehören die Schiedsrichter in den §§ 125 und 129, ferner in § 141 Abs. 2 diejenigen Personen, die bei der Vertretung des Reichs gegenüber einer auswärtigen Regierung einer amtlichen Anweisung zuwiderhandeln oder in der Absicht, die Reichsregierung irre zu leiten, unwahre Berichte tatsächlicher Art erstatten. Endlich im § 142 Abs. 2 diejenigen Personen, die in einer öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphen- oder Fernsprechanstalt mit der Beaufsichtigung oder Bedienung der Anstalt oder mit Arbeiten an ihren Einrichtungen betraut sind. In den Fällen der §§ 125 und 129 ergeben sich die Zweifel über die Amtsträgereigenschaften der Schiedsrichter aus der ausdrücklichen Gegenüberstellung mit den Richtern bzw. Amtsträgern, ferner auch aus der Natur des Schiedsvertrages. Im § 142 Abs. 2 könnten aus der ausdrücklichen Gleichsetzung der dort genannten Personen mit den Amtsträgern des Abs. 1 entnommen werden, daß sie an sich nicht Amtsträgerqualität im Sinne des E. haben. Im § 142 Abs. 2 endlich trägt die unklare Fassung der Eingangsworte die Schuld. Es heißt dort: ebenso wird bestraft, wer . . . zuwiderhandelt oder . . . erstattet, ohne daß irgend etwas über die Amtsträgereigenschaft gesagt wird. Eine 4. Gruppe von Tätern in diesem Abschnitt sind offensichtlich k e i n e Amtsträger, sondern nur wegen des engen Zusammenhangs mit gewissen Amtsdelikten hier aufgeführt. Dazu gehören diejenigen, die eine aktive Bestechung nach § 124 Abs. 2 begehen, ferner im § 126 Abs. 2 diejenigen, die einen Richter oder Schieds-

richter bestechen, sodann in den §§ 140 und 141 die f r ü h e r e n Amtsträger bei Verletzung des Amtsgeheimnisses. Ueber die amtlich zugezogenen Sachverständigen im § 143 wird noch gesprochen werden. Außerhalb des 7. Abschnittes des besonderen Teils wird der Amtsträgerbegriff gebraucht in den folgenden Paragraphen, in denen es sich um Amtsträger aller Kategorien handelt. § 6 Ziff. 2, der die Strafgesetze des Reiches für anwendbar erklärt, wenn der Täter Träger eines deutschen Amtes ist, oder wenn die strafbare Handlung gegen den Träger eines deutschen Amtes begangen worden ist. § 149: Nötigung eines Amtsträgers zu einer Amtshandlung, oder Hinderung an einer solchen. § 153, der die Aufwiegelung von Polizeibeamten zum Inhalt hatte, ist vom 21. Ausschuß gestrichen worden. (Vergl. Protokolle des 21. Ausschusses 31. Sitzung S. 15, 32. Sitzung S. 1—3). § 269: Verfolgung einer gegen einen Amtsträger begangenen Körperverletzung auch auf Verlangen des Vorgesetzten. § 293: Unzucht eines Amtsträgers unter Mißbrauch seiner Amtsstellung. § 322: Verfolgung einer gegen einen Amtsträger begangenen Beleidigung auch auf Verlangen des Vorgesetzten. In anderen außerhalb des 7. Abschnitts aufgeführten Paragraphen kommt wiederum nur eine bestimmte Gruppe von Amtsträgern in Frage. § 154: Meuterei von Gefangenen gegen einen Anstaltsbeamten oder einen mit ihrer Beaufsichtigung Beauftragten. § 162: Bruch eines Siegels, daß ein Amtsträger angelegt hat. § 174: Aufforderung eines zuständigen Amtsträgers zum Auseinandergehen bei einem Auflauf. § 192: falsche Anschuldigung gegenüber einem zur Entgegennahme von Anzeigen zuständigen Amtsträger. § 325: Verrat von Privatgeheimnissen durch Notare. § 393: falsche Namensangabe gegenüber einem Amtsträger. § 394: Verweilen in einem Lokal trotz Aufforderung durch einen Polizeibeamten zum Verlassen nach der Polizeistunde. Ferner werden im § 150 Personen, die zur Unterstützung einer Amtshandlung zugezogen oder von der zuständigen Behörde zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit herangezogen werden, Amtsträgern insoweit gleichgestellt, als auch ihnen der Schutz des § 149 gewährt wird. Um ein durch einen Amtsträger zu begehendes Delikt handelt es sich auch, trotzdem der E. hier den Ausdruck Amtsträger nicht verwendet, im § 156 Abs. 3: Befreiung von Gefangenen in oder bei Ausübung eines Amtes. Für alle diese Personen gilt die Definition des § 9 Ziffer 4.

Nach zwei Richtungen würde sich also die durch die Einführung des Amtsträgerbegriffes beabsichtigte Erweiterung erstrecken. Einmal würde der Kreis der tauglichen Täter von Amtsdelikten erweitert werden, zum andern aber auch der Kreis der Amtsträger, soweit sie als Inhaber der Amtsgewalt Objekte von Angriffen sind. Trotz dieser auf alle Tatbestände des E., die mit dem Amtsträgerbegriff operieren, sich erstrekkenden Erweiterung behandeln die Begründungen der Entwürfe die beabsichtigte Erweiterung — außer im allgemeinen Teil — nur in dem Abschnitt über die Verletzungen der Amtspflicht. Bei der Begründung der übrigen Paragraphen, in denen dieser neue Begriff vorkommt, wird die dadurch beabsichtigte Erweiterung garnicht erwähnt, z. B. §§ 174, 269, 322, 393, in anderen wird lediglich auf die Legaldefinition selbst verwiesen, z. B. den Begründungen der §§ 149 und 150. Gerade bei diesen beiden letzteren Paragraphen, bei denen die Einführung des Amtsträgerbegriffes gegenüber dem § 113 des geltenden Rechts, der nur von „Beamten, die zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen sind", spricht, eine erhebliche Erweiterung herbeiführen würde, begnügt sich die Begründung S. 84 mit dem Hinweis darauf, daß nach § 9 Ziff. 4 alle Personen Amtsträger seien, die bestellt seien, ein öffentliches Amt auszuüben, auch wenn sie nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinne seien. Diese etwas einseitige Behandlung des Amtsträgerbegriffes lediglich im Zusammenhang mit den Amtsdelikten hängt teilweise damit zusammen, daß sich das praktische Bedürfnis nach Erweiterung des bisherigen Beamtenbegriffes gerade auf dem Gebiet der Amtsdelikte besonders geltend gemacht hat. Teilweise aber auch wohl damit, daß auch die Literatur das Amtsträgerproblem meist nur im Zusammenhang mit den Amtsdelikten behandelt. (Z. B. Binding Lehrbuch II. Band 2. Abt. S. 395 ff. und im Gerichtssaal 64. Band S. 1 und 2; Wachinger S. 305 und S. 306; von Ullmann S. 376; von Liszt-Schmidt S. 816.) Allerdings hat die Literatur ihre besonderen Gründe für eine derartige Behandlung desAmtsträgerbegriffes in engemZusammenhang mit dem Amtsdelikten, da sie teilweise, wie schon dargestellt, den Amtsträgerbegriff nur innerhalb dieser bestimmten Materie anwenden will. Diese einseitige Behandlung des Amtsträgerbegriffes nur auf dem Gebiet der Amtsdelikte

erweckt fast den Eindruck, als ob die ganze Legaldefinition nur für diese Materie geschaffen worden sei. So sagt die Begründung zum Vorentwurf zu dem Abschnitt über die Verbrechen und Vergehen im Amt (S. 616): „Das Angriffsobjekt dieser strafbaren Handlungen ist in erster Linie die Reinheit der Amtsausübung. Hieraus ergibt sich die Abgrenzung für den Kreis der als Täter in Betracht kommenden Personen. Hieran anschließend wird dann der Uebergang des Vorentwurfes vom Beamten- zum Amtsträgerbegriff behandelt. Aus der allgemeinen Bedeutung des § 9 Ziff. 4 muß aber gefolgert werden, daß die Erörterungen allgemeiner Art, auch wenn die Begründungen sie nur in dem Abschnitt über die Verletzungen der Amtspflicht bringen, für den Amtsträgerbegriff als solchen und somit für alle Tatbestände, in denen er vorkommt, Geltung haben sollen.

4. Die Bestandteile der Legaldefinition.

Allgemeines.

Die Legaldefinition des § 9 Ziff. 4 stellt für das Vorhandensein der Amtsträgereigenschaft die Erfordernisse auf, daß die betr. Person:

1) bestellt,
2) und zwar zum Zweck der Ausübung eines öffentlichen Amtes

sein muß.

So erfreulich eine solche kurze und knappe Ausdrucksweise an sich auch ist, so trägt sie, wenigstens im vorliegenden Falle, nicht dazu bei, über den Inhalt des definierten Begriffes die erwartete Klarheit zu schaffen. (Ueber die Unklarheit im Inhalt der Entwürfe, im Gegensatz zu der einfachen und natürlichen Ausdrucksweise, vergl. Hofacker S. 7 ff.) Bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß die Definition keineswegs eine eindeutige Erklärung des Begriffes den sie zu definieren unternimmt, gibt, sondern statt dessen auf zwei Unterbegriffe verweist, auf den des „öffentlichen Amtes" und den des „Bestelltseins zur Ausübung eines solchen". Ueber den Inhalt dieser Unterbegriffe hüllt sich der E. in völliges Stillschweigen. Hinsichtlich der beiden Unterbegriffe soll im folgenden zunächst untersucht werden, in welchem Sinne der E. den des

öffentlichen Amtes gebraucht, da ja die Innehabung und Ausübung eines solchen der innere Grund dafür war, daß sich ein besonderer strafrechtlicher Beamtenbegriff herausbildet.

A. Das öffentliche Amt.

a) Verwendung dieses Begriffes im E.

Binding Lehrbuch I. Band S. 30; Ebermayer im Leipziger Komm. Anm. 9 a zu § 222 StGB.; Frank Anm. II zu § 222 StGB.; Gerland Grundriß S. 362; derselbe im Entwurf 1925 S. 25, 26; Hochheiser S. 82; Hofacker S. 7 ff.; Kleinfeller im Gerichtssaal 92. Band S. 336 ff.; Olshausen Anm. 7 a zu § 222 StGB.; Puppe S. 85; Preiser S. 293; Schwartz Anm. 3 a zu § 222 StGB.; Triepel S. 28; Wachenfeld S. 314; RGStr. in 9 200, 22 418, **36** 22, **39** 204.

Um festzustellen, in welchem Sinne der E. den Ausdruck „öffentliches Amt" verwendet, betrachten wir zunächst alle die Vorschriften, in denen der E. selbst diesen Ausdruck verwendet. Ausdrücklich von öffentlichen Aemtern spricht der E. nur in den folgenden Paragraphen: § 46: Verlust der Fähigkeit, öffentliche Aemter zu bekleiden, bei der Verurteilung zum Tode oder zu Zuchthaus. § 47: Verlust derselben Fähigkeit bei Verurteilung zu Gefängnis, unter bestimmten Voraussetzungen. § 48: Unfähig werden zur Bekleidung öffentlicher Aemter zieht zugleich den Verlust der öffentlichen Aemter, die der Täter inne hat, nach sich. Den öffentlichen Aemtern werden in diesen Paragraphen gleichgestellt die Zugehörigkeit zur Reichswehr, die aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, die Rechtsanwaltschaft und öffentliche Würden. § 50: Wiederverleihung der Fähigkeit, öffentliche Aemter zu bekleiden. § 146: Erschleichung eines öffentlichen Amtes. Außer dem in diesem Paragraphen enthaltenen Ausdruck „öffentliches Amt" verwendet der E. in einer Anzahl anderer Paragraphen lediglich den Ausdruck „Amt". Eine Untersuchung, ob der E. etwa letzteren Ausdruck im Gegensatz zum „öffentlichen Amt", gebraucht, dürften unumgänglich notwendig sein, da ein solcher Gegensatz unter Umständen eine weitere Erkenntnisquelle für den Inhalt des Begriffes: „öffentliches Amt", wie ihn der E. versteht, bilden würde. Nicht zu diesen, noch zu behandelnden Vorschriften gehören, das soll an dieser Stelle vorweg genommen werden,

die Vorschriften, in denen der E. von Verlust oder Aberkennung der Amtsfähigkeit spricht. (So in den §§ 49: bei Aberkennung der Amtsfähigkeit auch Aberkennung der Fähigkeit, in öffentlichen Angelegenheiten zu wählen oder zu stimmen möglich. § 89: Aberkennung der Amtsfähigkeit bei Hochverrat. § 98: Ebenso bei Landesverrat. § 102: Ebenso bei Angriffen gegen die republikanische Staatsform und gegen verfassungsmäßige Körperschaften. § 111: Ebenso bei Vergehen bei Wahlen und Abstimmungen, ferner bei Geheimbündelei im § 175, und bei Feme im § 176.) Der E. gebraucht in diesen Bestimmungen statt des präzisieren, aber längeren Ausdrucks: Fähigkeit, öffentliche Aemter zu bekleiden, den kürzeren: Amtsfähigkeit. Dies ergibt sich aus den §§ 47 und 49. § 47 spricht in Abs. 1 von den Voraussetzungen für die Aberkennung der Fähigkeit, öffentliche Aemter zu bekleiden. Im Abs. 2 wird dann bestimmt, von wann an diese Nebenstrafen zu berechnen sind, und in diesem Absatz gebraucht der E. bereits den Ausdruck: Amtsunfähigkeit. Im § 49 Abs. 3 wird, unter Bezugnahme im Inhalt auf § 47 — wo von Unfähigerklärung zur Bekleidung öffentlicher Aemter die Rede ist — von Aberkennung der Amtsfähigkeit gesprochen.

Lediglich von „Amt" spricht zunächst § 6 Ziff. 2: Die Strafgesetze des Reiches gelten . . . für folgende Taten, wenn sie im Ausland begangen werden: strafbare Handlungen, die jemand als Träger eines Deutschen Amtes oder die jemand gegen den Träger eines Deutschen Amtes während der Ausübung seines Amtes oder in Beziehung auf sein Amt begeht. Dieser Paragraph entspricht dem § 4 Abs. 2 Ziff. 1 des geltenden Strafgesetzbuchs, der Straftaten, die im Ausland begangen werden, dann mit Strafe bedroht, wenn der Täter als Beamter des Deutschen Reiches oder eines Bundesstaates eine Handlung begangen hat, die nach dem Gesetze des Deutschen Reiches als Verbrechen oder Vergehen im Amt anzusehen ist. Auch die Begründung (S. 9) zu diesem Paragraphen weist auf den Zusammenhang mit § 4 Abs. 2 Ziff. 1 des geltenden Rechts hin, und fährt dann fort: Der Deutsche Amtsträger, der bei seiner amtlichen Tätigkeit im Ausland den Deutschen Strafgesetzen unbedingt unterworfen ist, muß auch den Schutz der deutschen Strafgesetze genießen. Hieraus ergibt sich klar, daß es sich hier nur um eine ungenaue Fassung handelt. Es sollte mit dieser Fassung nur zum Ausdruck gebracht werden,

daß es sich nicht um die Nationalität des Amtsinhabers handeln sollte, sondern darum, daß das Amt ein deutsches war, so wie es § 4 Abs. 2 Ziff. 1 StGB. in der Form zum Ausdruck bringt: „Als Beamter des Deutschen Reiches". Bei der Person, dem Amtsinhaber, sollte es sich, wie aus der Begründung zu entnehmen ist, um einen Amtsträger handeln, also um jemand der bestellt ist, ein öffentliches Amt auszuüben. Damit ist die Frage entschieden, daß es sich im § 6 Ziff. 2 um ein öffentliches Amt handeln soll.

Ferner sagt der E. in § 147 Abs. 1: Wer vor einer Behörde eine Prüfung ablegt, um seine Befähigung zu einem Amt oder Beruf nachzuweisen . . . Die Begründung (S. 82) bemerkt dazu: Ebenso wie die Bestimmung des § 146 — der von der Erschleichung eines öffentlichen Amtes handelt, — ist auch die Bestimmung des § 147 neu. Auch sie dient der Reinhaltung des Beamtenkörpers. Aus diesem engen Zusammenhang mit § 146 ist zu entnehmen, daß auch an dieser Stelle mit dem laxen Ausdruck „Amt" ein „öffentliches Amt" gemeint ist. Dies ergibt sich auch aus der Gegenüberstellung mit: „Beruf". Eine Parallele hierzu findet sich im geltenden Strafgesetzbuch im § 222 Abs. 2, wo das Gesetz ebenfalls „Amt", „Beruf" oder „Gewerbe" nebeneinanderstellt. Auch hier ist aus der Nebeneinanderstellung des „Amtes" mit „Beruf oder Gewerbe" mit der herrschenden Lehre zu folgern, daß nur ein öffentliches Amt gemeint sein soll. (So Binding Lehrbuch I. Band S. 30, Schwartz Anm. 3 a zu § 222 StGB.; Olshausen Anm. 7 a zu § 222 StGB.; Ebermeyer im Leipziger Komm. Anm. 9 a zu § 222 StGB.; Frank Anm. II zu § 222 StGB.; Gerland Grundriß S. 362. Anderer Ansicht Wachenfeld S. 314 und das RG. in: **9** 200, **22** 418, **36** 22, **39** 204.) Außer dieser Gegenüberstellung mit „Beruf" ist auch noch aus § 148 Abs. 2 zu entnehmen, daß es sich um ein öffentliches Amt handeln muß. § 148 Abs. 2 lautet: „Den in den §§ 146, 147 bezeichneten öffentlichen Aemtern und Behörden stehen Aemtern und Behörden der Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechtes gleich". Der E. spricht also selbst von den in den §§ 146 und 147 genannten Aemtern als von öffentlichen. In § 149 Abs. 2 ergibt sich aus dem Zusammenhang mit „Amtsträgern" ohne weiteres, daß auch hier mit Amt ein öffentliches Amt gemeint ist. § 156 enthält in Abs. 3 einen qualifizierten Fall der Gefangenenbefreiung, wenn nämlich

der Täter in oder bei Ausübung eines Amtes handelt. Die Begründung (S. 85) weist auf den Zusammenhang dieses Paragraphen mit den §§ 120, 121 Abs. 1 und 347 des StGB. hin, und sagt, daß der E. an Stelle dieser drei Tatbestände einen einheitlichen Tatbestand der Gefangenenbefreiung aufstelle, und nur eine strengere Strafe androhe, wenn der Täter in oder bei Ausübung eines Amtes gehandelt hat. Der § 347 insbesondere behandelt das Delikt des Entweichenlassens von Gefangenen durch einen Beamten. Der enge Zusammenhang dieser Bestimmung mit der genannten des E. ergibt sich daraus, daß die in der letzteren angedrohte Strafe, Zuchthaus bis zu 5 Jahren, die gleiche ist, wie im § 347 StGB. Gerade diese strenge Strafdrohung spricht ja auch dafür, daß auch hier mit „Amt" ein öffentliches Amt gemeint ist, und nicht ein Privatamt. In den §§ 148, 269 und 322 spricht der E. von Aemtern der Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts und stellt diese in gewissen Beziehungen den Amtsträgern gleich.

Im Endergebnis zeigt sich also, daß der E., in etwas laxer Weise, an verschiedenen Stellen zwar nur von „Aemtern" spricht, daß er hiermit aber immer nur „öffentliche Aemter" meint.

Der Begriff des öffentlichen Amtes ist im geltenden Recht nur für die §§ 31, 33, 34, 81, 82, 87—90, 94, 95, 128, 129 und 358 von Bedeutung, in denen es sich aber sämtlich nur darum handelt, daß bei der Verurteilung zu bestimmten Strafen die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Aemter eintritt, oder daß bei Begehung bestimmter Delikte auf Verlust der öffentlichen Aemter erkannt werden kann. Von besonderer Wichtigkeit ist hier der § 31 StGB. für den Begriff des öffentlichen Amtes, da diese Vorschrift näher bestimmt, was unter dem Begriff noch mit inbegriffen werden soll. Fast überall in der Literatur wird der Begriff des öffentlichen Amtes im Anschluß an diese Vorschrift behandelt. Für das Gebiet der Beamtendelikte und für den Beamtenbegriff dagegen ist der Begriff des öffentlichen Amtes von keiner besonderen Bedeutung. Hieraus mag es sich erklären, daß er bisher von Rechtslehre und Rechtsprechung nicht geradezu als nebensächlich behandelt worden ist, aber auch keine besonders tiefgehende Untersuchung erfahren hat. Dadurch, daß er nunmehr wesentliches Erfordernis des Amtsträgerbegriffes geworden ist, wird er auch noch von Wich-

tigkeit für die Materie der Amtsdelikte sowie für alle anderen Tatbestände, bei denen die Amtsträgereigenschaft irgend eine Rolle spielt, sei es als besonders geschütztes, sei es als qualifizierendes Moment.

Wie wir sahen, spricht der E., zwar nicht immer ausdrücklich aber doch dem Sinne nach nur von öffentlichen Aemtern. Eine Erklärung, was er hierunter versteht, gibt er nirgends. (Diese Unklarheit rügen mit Recht Kleinfeller, im Gerichtssaal 92. Band, S. 336 ff.; Gerland, der Entwurf 1925, S. 25, 26; Hochheiser, S. 82; Preiser, S. 239; Köhler, Studien, S. 6. Letzterer hebt mit Recht hervor, daß die Ansicht, welche die Begründung über den Umfang des Begriffes „öffentliches Amt" äußert, nicht im E. selbst steht.) Wie sich aus den Begründungen sämtlicher Entwürfe entnehmen läßt, — schon der Vorentwurf verwendete ja bei seiner Beamtendifinition den Begriff des öffentlichen Amtes ohne nähere Erklärung — setzten die Entwürfe den Begriff als bekannt voraus. So sagt die Begründung zum Vorentwurf (S. 164): „Wird somit der jetzige § 31 StGB. übernommen, so konnte er doch in der Fassung veröffentlicht werden." Ferner Denkschrift zum Entwurf 1919, S. 75: „Zum Wesen der Zuchthausstrafe gehört nach geltendem Recht, daß der Verurteilte fortan weder Soldat noch Beamter sein kann. Der Entwurf hält hieran fest . . . ." Die Begründung zum Entwurf 1925 sagt auf S. 44, 45: „der Verlust der Bürgerlichen Ehrenrechte ist aber im geltenden Recht nicht bloß eine beschämende Ehrenstrafe, er umfaßt auch bestimmte Rechtsverwirkungen, die nicht so sehr als Strafübel um ihrer selbst willen verhängt werden, als vielmehr den Verurteilten von gewissen Funktionen fernhalten sollen, bei deren Ausübung er — nach der von ihm begangenen strafbaren Handlung zu schließen — Rechtsgüter der einzelnen oder Interessen der Gesamtheit verletzen könnte. Hierher gehört namentlich der Verlust öffentlicher Aemter . . . . Die Rechtsverwirkungen haben also in Wahrheit den Charakter sichernder Maßnahmen. Der E. hat sie deshalb beibehalten." Endlich Begründung zum Entwurf 1927 zu § 46 (S. 39): „Der E. hat deshalb die Aberkennung der Amtsfähigkeit . . . . beibehalten". Sämtliche Begründungen betonen also, daß die Entwürfe den § 31 StGB. seinem Inhalt nach beibehalten wollten, und daß auch sie, ebenso wie § 31 StGB.,

verhindern wollen, daß mit Zuchthaus vorbestrafte Personen noch öffentliche Aemter bekleiden sollen. Hieraus ergibt sich, sowie ferner auch daraus, daß der E. nirgends angibt, was er unter öffentlichen Aemtern versteht, daß er den Begriff als bekannt voraussetzt, da er denselben Ausdruck verwendet wie § 31 StGB. und nirgends angibt, daß er mit diesem Ausdruck einen vom bisherigen Recht abweichenden Begriff einführen will. Der E. will also den Begriff des öffentlichen Amtes in demselben Sinne weiter verwenden, wie ihn das geltende Recht gebraucht. Somit wäre wenigstens die Frage geklärt, daß der E. unter der Bezeichnung „öffentliches Amt" keinen neuen Begriff hat einführen wollen. Allein mit dieser Feststellung ist aber auch noch keine Klarheit über den Inhalt des Begriffes gewonnen, denn dieser ist im geltenden Recht außerordentlich umstritten, und wird recht verschieden aufgefaßt. Welche von diesen verschiedenen Auffassungen als die des E. anzusehen ist, kann natürlich nur aus dem E. selbst entnommen werden.

Einige wenige Anhaltspunkte lassen sich im E. ermitteln. In § 48 wird bestimmt, daß den öffentlichen Aemtern g l e i c h s t e h e n die Zugehörigkeit zur Reichswehr, die aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, die Rechtsanwaltschaft und öffentliche Würden. Aus dem Wortlaut, insbesondere dem Ausdruck „gleichstehen" ergibt sich, daß diese genannten Eigenschaften ihrer Natur nach keine öffentlichen Aemter im Sinne des E. sind, und deshalb letzteren ausdrücklich gleichgestellt werden mußten. Dies ist insofern eine Abweichung vom geltenden Recht, als letzteres auch die Rechtsanwaltschaft zu den öffentlichen Aemtern rechnet. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 31 StGB., der die Anwaltschaft unter die öffentlichen Aemter mit begreift. (Teilweise ist allerdings in der Literatur die Ansicht vertreten, daß die Anwaltschaft und auch der Geschworenen und Schöffendienst, ihrer Natur nach keine öffentlichen Aemter seien. (So Puppe, S. 85; hinsichtlich der Rechtsanwälte auch Triepel, S. 28.)

Einen weiteren Anhaltspunkt geben die §§ 148 und 269 Abs. 2. § 148 bestimmt, daß die Aemter und Behörden von Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts gewissen andern Behörden in einzelnen Beziehungen gleichgestellt werden. Ebenso stellt § 269 Abs. 2 Träger von Aemtern der

Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts in gewissen Beziehungen den Amtsträgern gleich. Somit waren also, im Sinne des E., die Aemter dieser Korporationen ihrer Natur nach keine öffentlichen, da sie ja einer ausdrücklichen Gleichstellung in einzelnen Beziehungen mit den öffentlichen Aemtern bedurften. Weitere Anhaltspunkte bietet der E. nicht. Da er den Begriff als bekannt voraussetzt, handelt es sich jetzt also darum, die zahlreichen Ansichten die über den Begriff des öffentlichen Amtes für das geltende Recht aufgestellt sind, mit den oben gezeigten Anhaltspunkten, die der E. selbst gibt, zu vergleichen und in Einklang zu bringen; nur so wird es möglich sein, den Sinn, den der E. mit dem Begriff verbindet, zu ermitteln.

b) Der Amtsbegriff des geltenden Rechts.

Braun, S. 70; Frank, Anm. II, Nr. 2 zu § 31 StGB.; Hatschek, S. 61; Haustein, S. 1140—1143; Laband, I. Band, S. 365; von Liszt-Schmidt, S. 384, Anm. 6; Lobe im Leipziger Komm. Anm. 5 zu § 31 StGB.; Otto Mayer, S. 139; May, S. 14—17; Olshausen, Anm. 7 zu § 31 StGB.; Puppe, S. 84—86, 88; von Roenne, II. Band, I. Abt., S. 365; Stier-Somlo, S. 120; Schwartz, Anm. 6 zu § 31 StGB.; Triepel, S. 9; RGStr. in *10* 199; *36* 434; *47* 49; *57* 23.

Das geltende Recht gebraucht den Ausdruck: „Amt" auf sehr verschiedenen Rechtsgebieten, und in außerordentlich vielfältiger Bedeutung. So spricht z. B. das BGB. vom „Amt" eines Vormundes und Gegenvormundes, die Konkursordnung vom „Amt" des Konkursverwalters. Auch das Strafgesetzbuch gebraucht an vielen Stellen den Ausdruck: „Amt", z. B. spricht es im § 113 von der rechtsmäßigen Ausübung des Amtes (oder Rechtes) durch einen Forst- oder Jagdbeamten usw., in den §§ 222—230 von der besonderen Sorgfalt, zu der der Täter infolge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes verpflichtet war, im § 300 von Amt, Stand oder Gewerbe der Rechtsanwälte usw. Die Stellen, an denen das StGB. von „öffentlichen Aemtern" spricht, wurden bereits aufgeführt.

Da die Legaldefinition des § 9 Ziff. 4 ausdrücklich von einem öffentlichen Amt spricht, und, wie dargelegt, der E. auch an den Stellen wo er nur von „Amt" spricht, immer ein öffentliches Amt meint, wird der Begriff des „Amtes" im Zusammenhang mit dem des „öffent-

lichen Amtes" erörtert werden, soweit es zum Verständnis notwendig ist. Ein besonderer Exkurs darüber, was im geltenden Recht alles unter „Amt" zusammengefaßt wird, und wie sich dieser Begriff zu dem des „öffentlichen Amtes" nach geltendem Recht verhält, würde diese Untersuchung, die ja die Ermittelung des Begriffes des öffentlichen Amtes im Sinne des E. zum Ziel hat, nicht ersichtlich fördern.

Bei dem im Beamtenstrafrecht besonders engen Zusammenhang zwischen Strafrecht und Staatsrecht dürfte es dagegen auch an dieser Stelle wieder vorteilhaft sein, zunächst darauf einzugehen, welchen Begriff das Staatsrecht mit der Bezeichnung: „öffentliches Amt" verbindet, zumal da, wie noch darzulegen ist, ein bedeutender Teil der Strafrechtslehre sich der staatsrechtlichen Auffassung des Amtsbegriffes angeschlossen hat.

Von Roenne (II. Band, I. Abt., S. 365) bezeichnet als öffentliches Amt die selbständige Verwaltung gewisser, das öffentliche Interesse angehender Geschäfte, in einem bestimmten Bereich unter öffentlicher Autorität. Laband (I. Band, S. 365) definiert das Amt als einen durch das öffentliche Recht begrenzten Kreis von Staatsgeschäften. In Anm. I zu derselben Seite betont er dann aber, daß es sich bei einem öffentlichen Amt um die Begrenzung der Amtsgeschäfte durch das öffentliche Recht im Gegensatz zu zivilrechtlichen Rechtsgeschäften handeln müsse. Hatschek (S. 61) bezeichnet das öffentliche Amt als den einer bestimmten Person zugewiesenen Kreis öffentlicher Geschäfte. Jellinek (S. 346) definiert: Ein Kreis von Tätigkeiten, die kraft öffentlicher Dienstpflicht zu verrichten sind. Otto Mayer (S. 139): Ein Kreis von Geschäften des Staates oder einer untergeordneten juristischen Person des öffentlichen Rechts, welche mit öffentlicher Dienstpflicht zu besorgen sind. Stier-Somlo S. 120 Art. Amt: Ein mit öffentlicher Autorität ausgestatteter Geschäftsbereich des Reiches, Landes, der Gemeinden usw. Triepel (S. 9) will die Bezeichnung öffentliches Amt ausschließlich für den Tatbestand vorbehalten, bei dem das Mitglied eines öffentlichen Verbandes mit Funktionen beauftragt ist, die rechtlich als Funktionen des Verbandes selbst erscheinen — im Gegensatz zu Geschäften des Staates und demzufolge zu den Staatsämtern. Auch Braun (S. 70) nennt die Aemter öffentlich-rechtlicher Korporationen

öffentliche Aemter (und dementsprechend die von einer öffentlich-rechtlichen Korporation angestellten Beamten Beamte im staatsrechtlichen Sinne). Im allgemeinen geht also das Staatsrecht bei der Begriffsbestimmung des öffentlichen Amtes sehr weit, und rechnet auch die Aemter öffentlich-rechtlicher Korporationen dazu. (Anders, wie dargelegt, Laband; ferner auch ganz besonders Zorn (1. Band, S. 287), der unter Amt einen bestimmt begrenzten Kreis von Geschäften des S t a a t e s versteht.)

Der weitgehenden staatsrechtlichen Ansicht folgt ein Teil der Strafrechtslehre. Olshausen (Anm. 7 zu § 31 StGB. will den Begriff des öffentlichen Amtes aus dem Gegensatz zu Privatamt — also im Grunde dem Gegensatz zwischen öffentlichem und Privatrecht — entnehmen. Er rechnet die Aemter öffentlich-rechtlicher Korporationen, wie Provinzen, Kreise, Gemeinden, Universitäten, Anwaltskammern, Träger von Reichsversicherungen, Reichsbank, Reichsbahngesellschaft und ähnliche zu den öffentlichen, Frank, Anm. II zu § 31 StGB. definiert das Amt als einen durch das öffentliche Recht begrenzten Kreis von öffentlichen Geschäften. Allerdings schränkt Frank dann im folgenden diesen allgemeinen Satz durch mehrere Ausnahmen ein, sodaß er nicht unbedingt zu den Vertretern dieser Ansicht gerechnet werden kann. Aehnlich, aber ohne Einschränkungen im einzelnen zu machen, Wachinger (S. 284): das öffentliche Amt ist ein auf Grund des öffentlichen Rechts übertragener und vom öffentlichen Recht beherrschter Wirkungskreis. Wie Olshausen, rechnet auch von Liszt-Schmidt (S. 384, Anm. 6) die Aemter der öffentlich-rechtlichen Korporationen zu den öffentlichen Aemtern. Ferner gehören hierzu May (S. 14—17) und Haustein. Diese Auffassung des Amtsbegriffes führt zu der Konsequenz, daß sämtliche Aemter der öffentlich-rechtlichen Korporationen, ob sie nun staatliche Funktionen zum Inhalte haben oder Funktionen lediglich der betreffenden Korporation selbst, als öffentliche Aemter anzusehen sind. Eine solche Ausdehnung des Begriffes auch auf die Aemter der öffentlich-rechtlichen Korporationen ist für das Strafrecht entschieden zu weitgehend, und würde, besonders im Verein mit der „formlosen Anstellung durch Uebertragung öffentlich-rechtlicher Funktionen", zu unerträglichen Konsequenzen führen. Für das Staatsrecht mag eine solche Ausdehnung

zutreffend und berechtigt sein; hier werden die unerwünschten Konsequenzen ja auch durch das Erfordernis einer formalen Anstellung im Sinne der Begründung eines Staatsdienstverhältnisses vermieden. Abgesehen von diesen allgemeinen Gesichtspunkten ergibt sich jedoch auch positiv aus den schon oben genannten Paragraphen 148 und 269 Abs. 2 des E., daß der Entwurf den Begriff nicht in dieser weiten Ausdehnung auffaßt. In beiden Paragraphen werden die Aemter von Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts den öffentlichen Aemtern in gewissen Beziehungen gleichgestellt. Aus dieser ausdrücklichen Gleichstellung in nur einzelnen Beziehungen ist zu folgern, daß diese Aemter grundsätzlich keine öffentlichen im Sinne des E. sind. Nach der Ansicht der obigen Schriftsteller sind jedoch die Aemter von Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts ohne weiteres als öffentliche Aemter anzusehen, da es sich um Aemter öffentlich-rechtlicher Korporationen handelt. Es hätte einer Gleichstellung, wie sie der E. in dem genannten Paragraphen vornimmt, also gar nicht bedurft, wenn die Aemter öffentlich-rechtlicher Korporationen als öffentliche Aemter auch im Sinne des E. angesehen werden müßten. Aus dieser in dem § 148 und 269 Abs. 2 des E. zuatge tretenden Auffassung des Entwurfes von der Natur der Aemter der Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts muß der Rückschluß gezogen werden, daß der E. die Aemter der anderen öffentlich-rechtlichen Korporationen grundsätzlich nicht als öffentliche ansicht. Die von den obigen Schriftstellern vertretene Ansicht kann somit nicht als die vom E. gewollte betrachtet werden.

Ein anderer Teil der Rechtslehre sowie auch das RG. wollen den Begriff des öffentlichen Amtes aus § 359 StGB. entnehmen. So sagt Lobe (im Leipziger Komm. § 31 Anm. 5): Als öffentliches Amt ist nur ein solches anzusehen, dessen Träger als Organ der Staatsgewalt für die Durchführung der Zwecke des Staates tätig wird, also nur die unmittelbar oder mittelbar vom Staat verliehenen Aemter. Noch schärfer formuliert Oppenhoff (§ 31 Anm. 6): der Begriff des öffentlichen Amtes ist aus § 359 StGB. zu erläutern; er bezeichnet somit eine Stellung, vermöge deren jemand berufen ist, im Dienste des Reichs oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienst eines Bundesstaats als Organ der Staatsgewalt für die

Herbeiführung der Zwecke des Staates tätig zu sein. Dieser Begriff ist dann auf die Advokatur usw. ausgedehnt worden. Ebenso Schwarz (Anm. 6 zb § 31 StGB.); ferner das RGStr. (in 10 199, 36 434, 47 49, 57 23). Puppe (S. 88): Wer als Beamter ein Amt ausübt, der übt ein öffentliches Amt aus. In anderen Fällen gibt es keine öffentlichen Aemter. Es sind jedoch aus Zweckmäßigkeitsgründen gewisse Personenklassen mit den Beamten auf eine Stufe gestellt worden. Puppe (S. 84—86) begründet diese Ansicht sehr eingehend damit, daß, da das Gesetz lediglich eine Legaldefinition für den Beamtenbegriff aufgestellt habe, aber keine solche für den Begriff des öffentlichen Amtes, der letztere ein relativer sein müsse, und aus dem ersteren herzuleiten. Die Konsequenz dieser Auffassung führt dazu, anzunehmen, daß alle Aemter, die nicht Beamte inne haben, z. B. die des § 31 Abs. 2 StGB., ihrem Wesen nach nicht als öffentliche anzusehen sind, und höchstens durch positive Gesetzesvorschrift den öffentlichen gleichgestellt werden können. Mit anderen Worten: Es soll der Beamtenbegriff das Primäre sein gegenüber dem Amtsbegriff. Puppe (S. 84, 85) zieht in der Tat diese Konsequenzen. Daß eine solche Auffassung nicht dem Sinne des E. entsprechen kann, liegt auf der Hand. In allgemeiner Hinsicht ergibt sich zunächst schon aus dem Wortlaut der Legaldefinition, daß der Begriff des öffentlichen Amtes der primäre sein soll gegenüber dem des Amtsträgers. Es würden sich aber weiter auch folgende, dem Sinne des E. völlig widersprechende Konsequenzen ergeben: Da der Amtsträgerbegriff des E. abhängig ist davon, was ein öffentliches Amt ist, so wäre er, wenn man obiger Lehre folgte, und den Begriff des öffentlichen Amtes aus dem des Beamten herleiten sollte, letzten Endes abhängig von dem Beamtenbegriff des geltenden StrGB. Alle die Zweifel und Streitfragen, die über den Beamtenbegriff entstanden sind, und denen der E. durch seine Definition doch gerade entgehen will, würden auch diesem Umweg wieder in dem Amtsträgerbegriff hineingetragen werden. Dies kann keinesfalls im Sinne des E. liegen, denn gerade um die Unklarheiten des Beamtenbegriffes zu vermeiden, und eine feste Grundlage für die Zukunft zu schaffen, führt der E. den Amtsträgerbegriff ein. Abgesehen davon wäre aber auch, falls der § 9 Ziffer 4 des E. Gesetz werden sollte, die praktischen Folgen, die sich

daraus ergäben, daß man für eines der Hauptmerkmale der Amtsträgerdefinition den alten Beamtenbegriff zugrunde legte, unannehmbar: wenn es sich darum handelte, die Amtsträgerqualität festzustellen, müßte immer zunächst erst untersucht werden, ob die Voraussetzungen des § 359 StGB., also eines Gesetzes, welches zu diesem zukünftigen Zeitpunkt keine Geltung mehr hat, vorliegen, denn nur, wenn dies der Fall ist, kann nach der obigen Auffassung das von der betr. Person bekleidete Amt ein öffentliches sein, und ist somit dieses Erfordernis der Amtsträgereigenschaft gegeben. Diese Konsequenz wäre nicht zu vermeiden, und zeigt, daß die obige Ansicht über den Begriff des öffentlichen Amtes keinesfalls der des E. entsprechen kann.

c) Der Amtsträgerbegriff des E.

Allfeld, S. 543, 544; Binding, Lehrbuch, II. Band, 2. Abt., S. 373 und 508; Eckstein, S. 487 f.; Frank, Anm. II Nr. 2 und Anm. III Nr. 1 zu § 31 StGB.; derselbe in den Vorbemerkungen II zum 28. Abschnitt, S. 720; Gerland, Grundriß, S. 265; derselbe in: Der Entwurf 1925, S. 26, Note 2; Hatschek, S. 303; Hälschner, I. Band, S. 608, II. Band, S. 794, 1029; Kleinfeller, S. 336, 338; Laband, I. Band, S. 365, III. Band, S. 425; Lasinski, S. 52; von Liszt-Schmidt, S. 788; Lobe im Leipziger Komm., Anm. 5 zu § 31; May, S. 12; Mendelssohn-Bartholdy im Aschrott-Kohlrausch, Reform, S. 46; Nagler, Festschrift, S. 9; Oppenhoff, Anm. 6 zu § 31; Preiser, S. 239; Schwartz, Anm. 2c zu § 359 StGB.; Olshausen, Anm. 8 zu § 359 StGB.; Schwartz, Anm. 6 Abs. 3 zu § 31 StGB.; Schneider, S. 8, 65, 66; Triepel, S. 10, 24, 58, 59; Wachinger, S. 234, 242, 245; Wachenfeld, S. 591; Rosenberg im Leipziger Komm. Anm. 2 zu § 359; Wunderlich in den Protokollen des 32. Ausschusses 45. Sitzung zu § 123 des E.; Zorn, I. Band, S. 287; ferner das RGSt. in: **8** 55, **15** 221, **49** 113, **51** 398.

Es ist ferner noch eine dritte Ansicht über die Natur des öffentlichen Amtes in der Rechtslehre vertreten. Nach dieser Ansicht ist zwar der Begriff des öffentlichen Amtes aus dem öffentlichen Recht zu entnehmen — damit stimmt diese Ansicht mit der als erster aufgeführten überein, im Gegensatz zu der an zweiter Stelle dargestellten — ist aber einzuschränken durch das weitere Erfordernis, daß das Amt

die Verwaltung staatlicher Geschäfte zum Inhalt haben muß. In diesem Sinne faßt Hälschner den Amtsbegriff auf. (I. Band S. 608): „Von einem öffentlichen Amt kann nur die Rede sein, sofern es sich um ein dem Reiche oder einem Bundesstaat unmittelbar oder mittelbar zu leistenden Dienst handelt". Aehnlich im II. Band, 2. Abt., S. 1020, 1021. Auch Zorn (I. Band, S. 287, vergl. auch S. 294) definiert: Amt ist ein bestimmt begrenzter Kreis von Geschäften des Staates. Ferner Binding (II. Band, 2. Abt., S. 508): „Unter einem öffentlichen Amt ist auch hier nur ein solches des deutschen Staates oder der deutschen politischen Gemeinden zu begreifen." S. 375, 376: „Das öffentliche Amt bedeutet, wenn auch nicht ausschließlich, so doch ganz überwiegend, das Amt des deutschen Beamten, im übrigen nur Aemter der deutschen politischen Aemterverfassung". Aehnlich wohl auch Frank (Anm. 11 Nr. 2 zu § 31 StGB.) und Gerland (Grundriß S. 265). Im Staatsrecht vertritt Laband diese Ansicht. (Vergl. S. 365: „. . . ein durch das öffentliche Recht begrenzter Kreis von s t a a t l i c h e n Geschäften". Zorn nannten wir oben bereits, vergl. ferner auch Lasinski S. 52. In ihren Folgerungen nähert sich diese letztere Ansicht stark der zweitgenannten, die ja auch die Erfüllung staatlicher Funktionen durchaus in den Vordergrund schiebt. Jedoch ist der Ausgangspunkt ein anderer: Hier ist der Begriff an sich aus dem öffentlichen Recht zu entnehmen und dadurch einzuschränken, daß nur solche Aemter dazu zu rechnen sind, deren Inhalt die Erfüllung staatlicher Obliegenheiten bildet. Dort dagegen wird nicht vom Staatsrecht, sondern vom § 359 StGB. ausgegangen.

Aus dem Text des E. selbst ist kein positiver Anhaltspunkt dafür zu gewinnen, daß der E. auf dem Standpunkt der letztgenannten Ansicht steht. Solche Anhaltspunkte sind aber aus den Begründungen der Entwürfe zu entnehmen, allerdings nur aus dem Sinn der Entwürfe. In der einzigen Stelle dagegen, wo direkt von dem Begriff des öffentlichen Amtes gesprochen wird, in der Begründung zum Vorentwurf S. 21, ist ebenfalls kein positiver Anhaltspunkt enthalten. Die Stelle lautet: „Es muß sich um ein Amt handeln, das einen durch das öffentliche Recht umgrenzten Kreis von Amtspflichten voraussetzt". Diese Stelle zeigt zwar, daß die Entwürfe bei ihrer Auffassung vom Begriff des öffentlichen Amtes vom öffentlichen Recht ausgehen. Jedoch ist aus der zitierten Stelle nicht mit Sicher-

heit zu entnehmen, ob die an erster Stelle oder die letztgenannte Ansicht des Amtsbegriffes nun im Sinne des E. liegt, denn die zitierte Stelle trifft auch für die Aemter sämtlicher öffentlicher Korporationen zu.

Die Begründung zum Vorentwurf (der ja zwar noch nicht den Ausdruck „Amtsträger" verwendet, dafür aber seinen Beamtenbegriff fast genau so definiert wie der E. 1927 des Amtsträgerbegriff) sagt auf E. 21: Sowohl auf dem Gebiet der Rechtsprechung wie auf dem der übrigen staatlichen Verwaltungsaufgaben wächst fortwährend das Bedürfnis, Privatpersonen zur Verrichtung staatlicher Funktionen heranzuziehen." Die Denkschrift zum Entwurf von 1919 sagt (S. 138): „Auf allen Gebieten des Staatslebens sind den Amtsträgern die wichtigsten Aufgaben anvertraut." Ebenso drücken sich die Begründungen der Entwürfe von 1925 (S. 68) und Begründung zum Entwurf von 1927 (S. 73) aus. Aus diesen immer wiederkehrenden Hinweisen darauf, daß der Amtsträgerbegriff mit Rücksicht darauf eingeführt worden sei, daß der Staat zur Erfüllung seiner Funktionen Privatpersonen heranziehen müsse, und auf allen Gebieten des Staatslebens diesen Privatpersonen wichtige Aufgaben anvertraut seien, ist zu entnehmen, daß nur solche Aemter im Sinne von § 9 Ziff. 4 des E. sind, die die Erfüllung staatlicher Aufgaben zum Inhalt haben.

Daß diese Auffassung sich mit der des E. deckt, zeigt wiederum eine Stelle aus der Begründung des E. 1927 (S. 11): „Die Träger von Aemtern der Religionsgesellschaften des öffentlichen Rechts sind Amtsträger im Sinne des E., soweit ihnen im Einzelfalle staatliche Aufgaben übertragen worden sind. Im übrigen würden sie an sich nicht unter den Begriff des Amtsträgers fallen." Unserer Ansicht ist auch Kleinfeller (S. 336) der über die Legaldefinition des § 11 Nr. 3 des Entwurfes von 1925 sagt, öffentlich bedeute in dieser Verbindung negativ den Gegensatz zu privat, positiv aber die Beziehung zum Gemeinwesen, zum Staat. So auch Wunderlich (vergl. Protokolle des 32. Ausschusses, 45. Sitzung zu § 123 des E.) und Preiser (S. 239). Letzterer sagt, daß die Frage, was unter einem öffentlichen Amte im Sinne des E. zu verstehen sei, auf Grund des geltenden Staats- und Verwaltungsrecht in jedem Einzelfalle zu prüfen und zu entscheiden ist.

Der E. faßt den Begriff des öffentlichen Amtes also unzweifelhaft im Sinne der letztgenannten in der Wissenschaft hauptsächlich von Hälschner und Binding vertretenen Ansicht auf. Hierüber scheinen sich allerdings die Verfasser des E. nicht klar gewesen zu sein. So wird in der Begründung zum E. von 1927 (S. 11) dargelegt, daß der Beamtenbegriff des § 359 StGB. in der Rechtsprechung des RG. bereits eine weite Auslegung erfahren habe, und unter Beamten im Sinne dieses Paragraphen nicht nur die in einem öffentlich rechtlichen Diensgewaltverhältnis stehenden Beamten im staatsrechtlichen Sinne, sondern auch Personen zu verstehen seien, die nicht Beamte im staatsrechtlichen Sinne sind, aber von einer nach Reichs- oder Landesrecht zuständigen Stelle ausdrücklich oder stillschweigend zu Diensten berufen sind, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und der Verwirklichung staatlicher Zwecke dienen, also zur ausschließlichen Zuständigkeit öffentlicher Behörden oder Beamten gehören und daher von Privatpersonen nicht vorgenommen werden dürfen. Dann fährt die Begrüundung fort: der E. folge dieser Auffassung, und verwende, um schon rein äußerlich zum Ausdruck zu bringen, daß er nicht nur die Beamten im staatsrechtlichen Sinne treffen wolle, nicht mehr die Bezeichnung „Beamter", sondern „Amtsträger". Anscheinend glaubte man, also bei der Abfassung des E. nichts anderes zu tun, als die Auffassung des RG. zu legalisieren. In der Tat hat man aber nicht diese Auffassung, sondern die letztgenannte hauptsächlich von Hälscher und Binding vertretene legalisiert. Dieser Irrtum erklärt sich daraus, daß die Verfasser der betr. Stelle der Begründung offenbar zu sehr auf die praktischen Folgen gesehen haben und zu wenig auf den dogmatischen Ausgangspunkt. Praktisch ist nämlich der Kreis der Aemter, die im Sinne des RG. und der ihm folgenden Lehre als öffentliche anzusehen sind, nahezu der gleiche wie derjenige, der nach der von Häschner und Binding vertretenen Auffassung den der öffentlichen Aemter umfaßt. Nur sind eben die Ausgangspunkte, von denen aus diese Ergebnisse gewonnen werden, beide Male durchaus verschieden. Die erstere Ansicht geht von dem Begriff des Beamten, im besonderen von § 359 des StGB. aus, erklärt diesen für das Primäre, und das Amt für das Sekundäre. Die Letztere geht von öffentlichem Recht aus und hält den Amtsbegriff seiner Natur nach für etwas vom Beamtenbegriff durchaus

unabhängiges, obwohl sie natürlich auch anerkennt, daß in der Hauptsache Beamte öffentliche Aemter inne haben. Schon oben wurde dargelegt, daß es eine dogmatische Unmöglichkeit darstellt, wenn für einen essentiale einer Legaldefinition, die ihrerseits gerade den § 359 StGB. ersetzen und vervollkommnen soll, doch wieder der § 359 StGB. als Grundlage anzusehen wäre. Man kann dem E. nicht das Unrecht antun, ihm einen solchen logischen Widersinn als seine Auffassung des Amtsbegriffes unterzuschieben, zumal der Wortlaut des Textes in keiner Weise zu einer solchen Auffassung zwingt. Es muß deshalb, trotz der genannten Stelle in der Begründung, daran festgehalten werden, daß der Begriff des öffentlichen Amtes des E. ein anderer ist, als der bisher vom RG. und der ihm folgenden Lehre vertretene — trotz gewisser Uebereinstimmungen in der praktischen Anwendung, die ja aber mit dem dogmatischen Ausgangspunkt nicht das geringste zu tun haben —, daß er aus dem Staatsrecht zu entnehmen ist durch das Kriterium, daß es sich um die Verwaltung von staatlichen Geschäften handeln muß. Die genannte Stelle in der Begründung des E. kann infolgedessen eben nur so verstanden werden, daß den Verfassern daran gelegen hat, daß derselbe Kreis von Aemtern, die im Sinne der bisherigen reichsgerichtlichen Auffassungen als öffentliche galten, auch im Sinne des E. als öffentliche gelten sollen. Es sollte also nur angegeben werden, welche praktischen Folgerungen erwünscht waren, es sollte aber in dieser Stelle nichts über den dogmatischen Ausgangspunkt des Amtsbegriffes gesagt werden. (Mit Absicht vermeiden wir in diesen Darlegungen den Ausdruck: „Staatsamt", der sonst in der Wissenschaft sehr beliebt ist, weil nämlich auch vielfach der Begriff des öffentlichen Amtes in dem Sinne, wie ihn die reichsgerichtliche Auffassung versteht, mit „Staatsamt" bezeichnet wird. (Vergl. z. B. May S. 12). Trotz abweichender Ergebnisse in der praktischen Anwendung steht somit die letztgenannte Ansicht, die als die des E. anzusehen ist, der erstgenannten, von Olshausen und von Liszt vertretenen Ansicht innerlich viel näher als der reichsgerichtlichen Ansicht, da sowohl nach der von Olshausen und Liszt als nach der hier als die des E. bezeichneten Ansicht auszugehen ist, nicht vom § 359 StGB., sondern vom Staatsrecht.

Wir fassen den Gang unserer Untersuchungen der Uebersicht wegen noch einmal kurz dahin zusammen: Der E. ver-

wendet den Begriff des öffentlichen Amtes, ohne ihn zu definieren. Hieraus ist zu entnehmen, daß er ihn als bekannt voraussetzt. Dies ergibt sich auch aus den Begründungen, die an mehreren Stellen von „beibehalten" einer Bestimmung sprechen, in der der Amtsbegriff des geltenden Rechts eine hervorragende Rolle spielt. Er muß also im geltenden Recht, Wissenschaft oder Praxis, gesucht werden. Wir zeigten, daß sich hier drei Ansichten unterscheiden lassen. Jede dieser drei Ansichten hat ihre wohlerwogenen Gründe für sich; wir konnten uns eine Stellungnahme in diesem Streit, der sich ja lediglich auf das geltende Recht bezieht, enthalten, denn für uns handelte es sich nur darum, festzustellen, welche dieser drei Ansichten als die dem E. zugrunde liegende anzusehen war. Und da hatten wir gezeigt, daß die erste, sich an das Staatsrecht anlehnende zu weitgehend war, wie sich positiv aus zwei Bestimmungen des E. ergab; die zweite war unbrauchbar, weil sie einen Begriff, der gerade durch die Legaldefinition des § 9, Ziff. 4 des E. abgeschafft werden sollte, an anderer Stelle in die Legaldefinition wieder hineinbrachte; für die dritte finden sich wenigstens in den Begründungen mehrere Anhaltspunkte, außerdem führt sie zu Ergebnissen, die nach der Begründung des E. 1927 als die gewünschten bezeichnet werden, denn der Kreis der Aemter, die im Sinne dieser Ansicht als öffentliche zu gelten haben, ist zum größten Teil derselbe wie der, der der Ansicht des RG. entspricht. Es dürfte somit kein Zweifel mehr bestehen, daß letztgenannte Ansicht als die dem E. zugrunde zu legende anzusehen ist, und daß diese Ansicht als Grundlage für die weitere Entwicklung des Begriffes zu betrachten sein muß. Es ist nicht zu leugnen, daß es nicht besonders befriedigend ist, wenn in diesem wichtigen Unterbegriff des neuen strafrechtlichen Begriffes nun doch wieder in so umfassender Weise auf das Staatsrecht zurückgegangen wird. Es ist jedoch nicht ersichtlich, auf welche Weise man nach Lage der Dinge zu einem andern Ergebnis gelangen könnte, denn es muß noch einmal betont werden, daß es sich hier vorläufig nur um die Feststellung handelt, welche Ansicht des Amtsbegriffes sinngemäß als die des E. angesehen werden kann. Mit einem solchen allgemeinen Hinweis auf das Staatsrecht ist jedoch der Strafrechtswissenschaft wenig, der Strafrechtspraxis aber absolut garnicht gedient. Gerade das Strafrecht braucht schärfer umgrenzte und präziser

gefaßte Begriffe, als das Staatsrecht sie mit seiner etwas großzügigen Begriffsformulierung bieten kann. Auch steht das hier gewonnene Ergebnis keineswegs in lebendigem Zusammenhang mit der bisherigen Entwicklung des Beamtenbegriffes, wie wir sie bereits dargestellt haben. Wenn eine Person Funktionen des Staates besorgt, so ist sie nach der Auffassung der Praxis und des herrschenden Teils der Rechtslehre als Beamter anzusehen, da aus einer solchen Tätigkeit auf eine Anstellung als Beamter zu folgern ist. Infolgedessen ist aber seine Tätigkeit ein öffentliches Amt. Diese im Laufe der Entwicklung des Beamtenbegriffes entstandene Gleichsetzung von „öffentlichem Amt" mit „Wahrnehmung von Funktionen des Staates" wird, infolge der oben geschilderten Auffassung des E. vom öffentlichen Amt, durch die Legaldefinition nur sehr unvollkommen zum Ausdruck gebracht, nämlich auf dem Umwege über das Staatsrecht. Da aber so, wie der E. nun einmal abgefaßt ist, ein Ergebnis wie das hier gewonnene kaum wird umgangen werden können, scheint nur der Weg einer Umänderung der Fassung des § 9 Ziff. 4 des E. übrig zu bleiben. Hierauf werden wir, nachdem wir den Amtsträgerbegriff in seiner Gesamtheit festgestellt haben, zurückkommen.

Eine im geltenden Recht sehr umstrittene Frage ist die, ob nur Dienste obrigkeitlicher Natur den Inhalt eines öffentlichen Amtes bilden können. Diese Ansicht, daß der Inhalt der Amtstätigkeit die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte ausmachen müsse, und daß dies somit ein wesentliches Erfordernis des Begriffes „öffentliches Amt" sei, vertritt hauptsächlich Eckstein (Archiv S. 487 f.), ferner Zorn (I. Band S. 287 u. 294) und das RG. (z. B. im: **49** 113), das RG. vertrat diesen Standpunkt allerdings nur in seiner älteren Rechtsprechung. Es formulierte ihn folgendermaßen: Die Ausübung hoheitsrechtlicher Funktionen war wesentlich für den Beamtenbegriff in den Fällen, in denen keine formale „Anstellung" der betr. Person als Beamter vorlag. Wenn dieser Person aber hoheitsrechtliche Funktionen übertragen worden waren, so war hieraus auf eine stillschweigend erfolgte Anstellung zu folgern, und die betr. Person wurde als Beamter im strafrechtlichen Sinne angesehen, ihre Tätigkeit somit als öffentliches Amt, da ja nach der Ansicht des RG. ein von einem Beamten ausgeübtes Amt ein öffentliches ist. Diesen Standpunkt vertreten noch Rosenberg im Leipziger Komm. Anm. II zu § 359 StGB.; und

Schwartz (Anm. 2c zu § 359 StGB.). In seiner neueren Rechtsprechung (z. B. 51 389) hat das RG. jedoch dieses Erfordernis, daß es sich um die Ausübung hoheitsrechtlicher Funktionen handeln müsse, aufgegeben und hält die Erfüllung staatlicher Tätigkeit überhaupt für genügend, um den Inhalt eines öffentlichen Amtes auszumachen, auch wenn die diese Tätigkeit ausübende Person nicht durch einen formalen Anstellungsakt als Beamter angestellt worden ist. Im Sinne der hier vertretenen Ansicht kann es auf die Natur der geleisteten Dienste in keiner Weise ankommen. Sehr energisch bekämpft auch Binding die obige Ansicht, und bezeichnet es als einen schweren methodischen Fehler, aus der Natur der Obliegenheiten einer Person auf ihre Beamtenqualität zu schließen. (Lehrbuch II. Band 2. Abt. S. 385 f.). Auch Hälschner (II. Band 2. Abt. S. 1029) hält es für gleichgültig, ob die Amtsgeschäfte mit Ausübung einer obrigkeitlichen Gewalt verbunden oder nur technischer oder wirtschaftlicher Natur sind. Derselben Ansicht ist die herrschende Lehre (z. B. Wachinger S. 242; Wachenfeld S. 591; Frank Anm. III Ziff. 1 zu § 359 StGB.). Es können also Dienste aller Art den Inhalt eines öffentlichen Amtes bilden.

Das geltende Recht enthält nirgends eine Bestimmung darüber, ob es unter öffentlichen Aemtern nur inländische oder auch ausländische versteht. Die herrschende Lehre nimmt an, daß öffentliche Aemter im Sinne des StGB. nur inländische sind (Hälschner II. Band 2. Abt. S. 794; Binding II. Band 2. Abt. S. 373; von Liszt-Schmidt S. 788; Wachinger S. 234; Gerland, Grundriß S. 225; der Entwurf 1925 S. 26 Note 2; Lobe in Leipziger Komm. Anm. 5 zu § 31 StGB.; Nagler, Festschrift, S. 9; Olshausen Anm. 8 zu § 359 StGB.; Frank Vorbemerkungen II zum 28. Abschnitt S. 720; Schwartz Anm. 6 Abs. 3 zu § 31 StGB. Anderer Ansicht Allfeld S. 543, 544 und das RG. in: 8 55, und 15 221). Als Begründung werden meist Gesichtspunkte allgemeiner Art angeführt, die mehr oder weniger auf das hinauskommen, was Gerland kurz und treffend „die nationale Tendenz eines jeden Gesetzes" nennt. Nagler S. 9 zieht aus der Natur der Staatsgewalt als einer spezifisch inländischen Rechtseinrichtung den Schluß, daß die Staatsgewalt zu den rein inländischen Rechtsgütern gehöre. Olshausen will diese Beschränkung des Begriffes auf die inländischen Aemter aus der ganzen Redaktion des StGB. entnehmen, Wachinger durch Analogie-

schluß aus § 359 StGB. Allfeld macht dagegen geltend, daß es Aufgabe unserer Gesetzgebung sei, auch dem ausländischen Staat einen gewissen Strafschutz zu gewähren gegen Staatsverbrechen; zu diesen zählt er auch die Amtsverbrechen. Das RG. lehnt im Anschluß an die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals den von der herrschenden Lehre häufig als Begründung angegebenen Satz: der Staat habe, soweit es sich um sog. Staatsdelikte handelt, nur ein Interesse daran, die gegen ihn selbst gerichteten Angriffe mit Strafe zu bedrohen (nationale Tendenz), als „absolut unbeweisbar und unrichtig" ab. (Vergl.: 8 55). Der E. gibt über diese Frage, wie über alle, die den gerade für ihn so eminent wichtigen Begriff des öffentlichen Amtes betreffen, keinerlei Auskunft. Wir sind also darauf angewiesen, durch vergleichende Gegenüberstellung derjenigen Stellen im Text, die im Zusammenhang mit dem Amtsbegriff oder Amtsträgerbegriff irgendwie die Nationalität erwähnen, unsere Rückschlüsse zu ziehen. Eine solche Erwähnung der Nationalität findet sich nur im § 6 Ziff. 2, wonach die Strafgesetze des Reiches unabhängig von den Gesetzen des Tatortes auch für strafbare Handlungen, die im Ausland begangen werden, gelten, wenn sie von dem Träger eines deutschen Amtes oder gegen den Träger eines deutschen Amtes während der Ausübung seines Amtes oder in Beziehung auf sein Amt begangen werden. Im darauf folgenden § 9 Ziff. 4 nennt der E. dann Amtsträger jeden, der bestellt ist, ein öffentliches Amt auszuüben, und spricht auch im folgenden lediglich von öffentlichen Aemtern oder von Amtsträgern, ohne hinzuzufügen, daß hier nur inländische öffentliche Aemter gemeint seien. Daraus, daß der E. allgemein von öffentlichen Aemtern spricht, ohne die Nationalität zu erwähnen, an einer einzigen Stelle aber ausdrücklich von deutschen Aemtern spricht, wäre man offenbar zu dem Rückschluß berechtigt, daß er in den übrigen Fällen, wo allgemein von öffentlichen Aemtern gesprochen wird, hierunter auch ausländische Aemter mitbegreift. Gegen eine solche formell sicher einwandfreie Folgerung erheben sich Bedenken anderer Art. Es ist zunächst nicht anzunehmen, daß der E., der doch im übrigen den Begriff des öffentlichen Amtes ohne jeder Aenderung aus dem geltenden Recht übernimmt, gerade in diesem Punkt eine Ausnahme gemacht haben sollte. Daß eine solche Aenderung jedenfalls vom Vorentwurf noch nicht beabsich-

tigt worden ist, ergibt sich aus dessen Begründung (S. 617): „dagegen ist der E. in zwei weiteren grundlegenden Fragen von dem bisherigen Recht nicht abgewichen. Die Vorschriften dieses Abschnittes (über Verbrechen und Vergehen im Amte) beziehen sich nur auf inländische Aemter. Sie haben zur Voraussetzung, daß die Delikte von dem Verwalter eines inländischen Amtes begangen werden, gleichviel ob der Täter Inländer oder Ausländer ist." Aus dem Text des E. selbst läßt sich aber diese Absicht der Verfasser ebensowenig entnehmen, wie aus dem aller späteren Entwürfe, und auch unseres Entwurfs von 1927. Auch der Vorentwurf definiert den Beamten lediglich als eine Person, die zur Ausübung eines öffentlichen Amtes berufen ist, ohne zu sagen, ob dieses Amt ein inländisches sein soll. Der Vorentwurf spricht auch in den der Legaldefinition folgenden Bestimmungen, insbesondere in dem Abschnitt über „Verbrechen und Vergehen im Amt", lediglich allgemein von Beamten, ohne die Nationalität zu bezeichnen. Dagegen spricht der Vorentwurf — genau wie der Entwurf von 1927 — an einer einzigen Stelle, im § 4 Ziff. 2, der dem § 6 Ziff. 2 des Entwurfes von 1927 entspricht, von Beamten des Reiches, eines Bundesstaates oder eines Schutzgebietes. Damit ist für den Vorentwurf offenbar, daß es sich hier um eine ungenaue gesetzgeberische Ausdrucksweise handelt, und daß aus der Gegenüberstellung der Ausdrucksweise des Textes n i c h t der Rückschluß gezogen werden darf, daß mit Beamten auch ausländische Beamte gemeint seien. Genau das gleiche findet sich im Gegenentwurf. Auch dieser spricht im § 4 von Beamten des Reiches, eines Bundesstaates oder Schutzgebietes, in der Legaldefinition, § 12 Ziff. 3, dagegen spricht er von Beamten als Personen die zur Ausübung eines öffentlichen Amtes berufen sind, und spricht auch in folgenden, besonders auch im 6. Abschnitt über die Verletzung der Amtspflicht lediglich von Beamten; die Begründung S. 187 bemerkt dazu, daß die Bestimmungen des 6. Abschnittes auf außerdeutsche Beamten keine Anwendung finden sollen. Diese ungenaue Ausdrucksweise des Vorentwurfs und des Gegenentwurfes ist in die späteren Entwürfe, die ja in der Hauptsache auf den Vorentwurf und den Gegenentwurf zurückgehen, übernommen worden. Man ist also auch im Entwurf von 1927 nicht berechtigt, aus der Gegenüberstellung des speziellen Ausdrucks: „Träger eines d e u t s c h e n Amtes" mit

dem allgemeinen „Amtsträger = Träger eines öffentlichen Amtes" zu folgern, daß zu den Letzteren auch ausländische Amtsträger zu rechnen seien. Wenn also ausländische Amtsträger als Personen zu bezeichnen wären, welche ausländische öffentliche Aemter bekleiden, und diese Personen hier auszuscheiden haben, können mit den öffentlichen Aemtern, die die Amtsträger im Sinne des E. inne haben, nur inländische gemeint sein. Falls man den Amtsträgerbegriff auch auf ausländische Amtsträger ausdehnte, ergeben sich eigenartige Konsequenzen, z. B. könnte ein französischer Beamter des auswärtigen Dienstes, dem als solchem auf irgend eine Weise Nachrichten zugänglich geworden sind, die für die Beziehungen zwischen Frankreich und Deutschland von Bedeutung sind, und der diese Nachrichten, wie es seine Pflicht ist, an seine vorgesetzte Dienststelle weiterleitet, in Deutschland wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses nach § 141 des E. mit Gefängnis bestraft werden. Aus diesem Beispiel ergibt sich die Unmöglichkeit einer solchen Ausdehnung des Begriffes auf ausländische Amtsträger. Unsere Ansicht vertritt auch — allerdings mit abweichenden Begründungen — Preiser (in: Aschrott-v. Liszt, Reform, S. 239); Mendelssohn-Bartholdy (in:: Aschrott-Kohlrausch, Reform, S. 46); Gerland (der Entwurf 1925 S. 26 und Note 2 zu Seite 26). Gerland will aus der „nationalen Tendenz eines jeden Gesetzes" folgern, daß der § 11 Ziff. 3 (des Entwurfes von 1925; im Entwurf 1927 § 9 Ziff. 4) sich nur auf deutsche Amtsträger beziehen kann. Anderer Ansicht ist Kleinfeller (im Gerichtssaal 92. Band S. 338), der ausdrücklich hervorhebt, daß im Inland die gegen den Träger eines ausländischen Amtes gerichtete Tat, z. B. Bestechung, von der Strafbarkeit nicht ausgenommen sei; ebenso sei die vom Träger eines ausländischen Amtes begangene Handlung strafbar, die Verfolgung könne allerdings evtl. durch Exterritorialität gehemmt sein. Zur Begründung führt Kleinfeller an, daß zwar der ausländische Amtsträger zum inländischen Staat in keinem unmittelbaren Verhältnis stehe, dieser trotzdem ein Interesse daran habe, daß in seinem Gebiet das ausländische Amt reinlich verwaltet werde. Im übrigen beruft sich Kleinfeller auf den Wortlaut der §§ 4 und 5 (des Entwurfes 1925; entsprechend den §§ 5 und 6 des Entwurfes 1927). Hiergegen kann auf das von oben Gesagte verwiesen werden. Die von Kleinfeller

angeführten Gesichtspunkte sind zwar beachtlich, jedoch zu allgemeiner Art, um eine derartig einschneidende Aenderung genügend begründen zu können. Es ist allerdings zuzugeben, daß der Text des E. an dieser Stelle so unklar ist, daß rein formell auch die von Kleinfeller vertretene Ansicht auf den Wortlaut des Textes gestützt werden kann; hierauf wurde schon im Eingang dieser Erörterung hingewiesen.

Nach der hier vertretenen Ansicht gehören die im § 48 Abs. 2 aufgeführten Berufe, Rechte und Würden — mit 2 Ausnahmen — nicht zu den öffentlichen Aemtern, wie dies ja der Entwurf schon dadurch hervorhebt, daß er sie den öffentlichen Aemtern ausdrücklich gleichzustellen für nötig hält. Die Rechtsanwaltschaft ist zwar nach geltendem Recht ein öffentliches Amt, aber nur deshalb, weil das Gesetz in § 31 Abs. 2 sie ausdrücklich dazu erklärt. Daß die Anwaltschaft ihrem Wesen nach ein öffentliches Amt sei, ist für das geltende Recht von straf- wie von staatsrechtlicher Seite aus lebhaft bestritten (Triepel S. 24 f. Hatschek S. 303, Puppe S. 86. Anderer Ansicht Laband III. Band S. 425 f.). Eine Ausnahme von der obigen Behauptung bilden die aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte und die Zugehörigkeit zur Reichswehr. Die aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte können unter Umständen öffentliche Aemter sein; man denke an das Amt des Reichspräsidenten. Ebenso kann auch die Zugehörigkeit zur Reichswehr ein öffentliches Amt begründen, nämlich dann, wenn dem betr. Reichswehrangehörigen ein Kreis staatlicher Geschäfte zur Verwaltung übertragen ist, wie es z. B. bei den Offizieren der Fall ist. (Vgl. Schneider S. 8 und S. 55, 56; Frank Anm. II zu § 359 StGB.). Die Vorschrift des § 48 Abs. 2 bezieht sich demnach also nur auf die Fälle, in denen die Zugehörigkeit zur Reichswehr sowie die aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte nicht schon ihrer Natur nach als öffentliche Aemter anzusehen sind.

Nicht zu den öffentlichen Aemtern gehören ferner die Aemter der Vormünder, Pfleger, Nachlaß-, Konkurs- und Zwangsverwalter. Die Aemter dieser Personen sind zwar auch durch das öffentliche Recht abgegrenzt — die Vorschriften über ihre Bestellung sind öffentliche rechtlicher Natur — jedoch haben sie nicht die Verwaltung staatlicher Aufgaben zum Inhalt, sondern die Verwaltung von Interessen von Privatpersonen. (Vergl. Triepel S. 10, Wachinger S. 245) auch die öffent-

lich angestellten Gewerbetreibenden, Feldmesser, Auktionatoren, Bücherrevisoren usw. verwalten entsprechend dem oben Gesagten kein öffentliches Amt. (Vergl. Triepel S. 58, 59; Hatschek S. 303).

B. Die Bestellung zur Ausübung.

a) Verwendung des Begriffes im geltenden Recht.

Engelmann in v. Staudingers Komm. zum BGB. 4. Band Anm. 1 zu § 1789; Loewenfeld in v. Staudingers Komm. I. Band Anm. 1 zu § 27 BGB.; Planck Anm. 5 zu § 25 BGB.; Unzner in Plancks Komm. Anm. I zu § 1789 BGB.

Als zweiten Bestandteil des Amtsträgerbegriffes benennt die Legaldefinition das: „Bestelltsein zur Ausübung" (eines öffentlichen Amtes). Auch die Bedeutung dieses Ausdrucks erläutert der E. nirgends, sodaß es den Anschein erweckt, als ob auch dieser Ausdruck als feststehender juristischer Begriff als bekannt vorausgesetzt werde.

Das Strafgesetzbuch verwendet den Ausdruck nicht. Da aber zahlreiche Reichsgesetze, die auch strafrechtliche Bestimmungen enthalten, also sog. Nebenstrafgesetze, ferner auch andere Reichsgesetze den Ausdruck verwenden, so ist es nicht ausgeschlossen, daß der E. ihn mit Hinblick hierauf als feststehenden juristischen Begriff aufgefaßt und als bekannt vorausgesetzt hat, und ihn in diesem bisherigen Sinne hat weiter verwenden wollen. Es ist deshalb notwendig, festzustellen, welcher Begriff mit ihm im geltenden Recht verbunden wird, und zwar auch auf anderen als strafrechtlichen Gebieten.

Das BGB. verwendet in ihn den § 27, 29, 30: Bestellung eines Vorstandes, eines Ergänzungsvorstandes, besonderer Vertreter neben dem Vorstand; in § 831: Bestellung zu einer Verrichtung; § 1189: Bestellung eines Vertreters für den Gläubiger einer Sicherungshypothek; § 1694: Bestellung eines Beistandes der Mutter; § 1789: Bestellung eines Vormundes; § 1792: eines Gegenvormundes; § 1863—1867, 1870 u. 1871: Bestellung von Mitgliedern eines Familienrates; § 1915: Bestellung eines Pflegers. Der Ausdruck ist zwar in allen diesen Paragraphen derselbe, es ist jedoch bei den einzelnen Gruppen eine durchaus verschiedene Bedeutung damit verbunden. In

den §§ 27, 29 und 30 bedeutet Bestellung ein abstraktes, einseitig empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft des Personenrechts. Dieselbe Bedeutung hat der Ausdruck auch im HGB., wo die §§ 195, Ziff. 4 und 231 von Bestellung zum Vorstand einer Aktiengesellschaft, § 243 Abs. 4 von Bestellung zum Aufsichtsrat, § 266 Abs. 2 von Bestellung von Revisoren, § 320 und 325 von Bestellung zum Vorstand und Aufsichtsrat einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, § 492 Bestellung eines Korrespondentrheeders sprechen. (Vergl. Loewenfeld in v. Staudingers Komm. Anm. I zu § 27; ebenso Planck Anm. 5 zu § 27). Im § 831 BGB. handelt es sich um eine Willenserklärung, welche die Vornahme der zu verrichtenden Handlung generell oder speziell anordnet, um einen Auftrag, einen Dienst- oder Werkvertrag oder ähnliches. Im Falle des § 1189 BGB. handelt es sich um eine Vollmachtserteilung, also um ein einseitiges Rechtsgeschäft. In den genannten Paragraphen des Familienrechts dagegen bedeutet Bestellung überhaupt kein Rechtsgeschäft, sondern einen obrigkeitlichenAkt (Engelmann in v. Staudingers Komm. IV. Band Anm. 1 zu § 1789. Unzner in Plancks Komm. Anm. I zu § 1789). Im BGB., also innerhalb ein und derselben Rechtsmaterie, ist der Ausdruck also keineswegs in einheitlichem Sinne gebraucht. Eine ähnliche Verschiedenheit der mit diesem Ausdruck verbundenen Begriffe zeigt sich auch in den übrigen Reichsgesetzen. So spricht die Zivilprozeßordnung im § 1031 von der Bestellung eines Schiedsrichters. Hier ist unter Bestellung ein privatrechtlicher Vertrag zu verstehen (vergl. Rosenberg S. 528). In diesem Sinne gebrauchen den Ausdruck auch: die Satzung der Deutschen Reichsbahngesellschaft § 11 (Anlage zum Reichsbahngesetz vom 30. 8. 1924, RGBl. II. Band S. 272: Bestellung von Vertretern der Vorzugsaktionäre; ferner das Gesetz betr. die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, v. 4. 12 1899 RGBl. S. 691, in den §§ 1 und 14: Bestellung vonVertretern der Gläubiger; endlich das Versicherungsvertragsgesetz in § 43: Bestellung eines Versicherungsagenten. Im Sinne eines öffentlich rechtlichen Aktes dagegen gebrauchen den Ausdruck: Strafprozeßordnung §§ 138, 140—144: Bestellung von Verteidigern; Börsengesetz vom 27. 5. 1908, RGBl. S. 215, im § 17 Abs. 3: Bestellung von Mitgliedern eines Börsenehrengerichts; das Hypothekenbankengesetz vom 13. 7. 1899, RGBl. S. 375 im § 29: Bestellung eines Treuhänders bei einer Hypo-

thekenbank; das Bankgesetz vom 30. 8. 1924, RGBl. II. Band S. 235 im § 8: Bestellung von Bankkommissaren, ferner auch in den §§ 17 und 19: Bestellung von Mitgliedern des Generalrats; das Versicherungsaufsichtsgesetz vom 12. 5. 1901, RGBl. S. 139 in § 2: Bestellung einer Aufsichtsbehörde; das Gesetz betr. die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung im § 150: Bestellung eines Zwangsverwalters; die Konkursordnung in § 87: Bestellung eines Gläubigerausschusses; die Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. 10. 1923 RGBl. I. Band S. 1043, Berichtigung auf S. 1080, im § 1 Abs. 2 Bestellung des Vorsitzenden eines Schlichtungsausschusses; Das Gesetz betr. die Schlachtvieh- und Fleischbeschau vom 3. 6. 1900 in § 5: Bestellung von Fleischbeschauern und deren Stellvertretern; die Seemannsordnung vom 2. 6. 1902 in § 5: Bestellung von Behörden zu Seemannsämtern. Alle diese Gesetze bezeichnen mit dem Ausdruck „Bestellen" einen öffentlich rechtlichen Akt im allgemeinen Sinne. Einige andere Gesetze wiederum bezeichnen damit das Begründen eines festen Beamtenverhältnisses, also eine Anstellung in staatsrechtlichem Sinne. So z. B. das Personenstandgesetz vom 6. 2. 1875, RGBl. S. 23, in: 3: „Für jeden Standesamtsbezirk ist ein Standesbeamter und mindestens ein Stellvertreter zu bestellen." Ferner die Strandungsordnung vom 17. 5. 1874, RGBl. S. 73, abgeändert durch das GVG. vom 27. 1. 1877 RGBl. S. 41, Art. 7 des EG. zum HGB. vom 10. 5. 1897, RGBl. S. 437, Gesetz vom 30. 12. 1901, RGBl. von 1902, S. 1, Gesetz vom 7. 1. 1913 RGBl. S. 90, und das Gesetz vom 19. 7. 1914 RGBl. I. Band S. 667 in § 2 Abs. 2: Bestellung eines Strandvogtes. Ein solcher Strandvogt ist aber ein öffentlicher Beamter. (Vergl. Ebermeyer in Stengl. Komm. Anm. zu § 3.)

Trotzdem sich das geltende Recht des Ausdrucks sehr häufig bedient, kann man doch nicht von einem einheitlich feststehenden jur. Begriff sprechen. Je nach dem Zusammenhang bedeutet der Ausdruck entweder ein Rechtsgeschäft des Personenrechtes, oder einen schuldrechtlichen Vertrag oder auch jede Willenserklärung durch die die Tätigkeit eines andern angeordnet wird, oder ein öffentlicher Akt allgemein oder speziell ein Akt der Organisationsgewalt des Staates (Bestellung einer Aufsichtsbehörde, eines Seemannsamtes), oder die staatsrechtliche Anstellung als Beamter. Wenn derselbe Ausdruck alle diese bezeichneten rechtlichen Bedeutungen haben

kann, so handelt es sich dabei eben um einen ganz farblosen Allgemeinausdruck, der an sich garnichts besagt, — und demgemäß ebensogut durch ähnliche, wie z. B. berufen oder ernennen ersetzt werden kann. Die spezielle Bedeutung des Ausdrucks muß aus dem Zusammenhang des Einzelfalles entnommen werden.

b) Verwendung und Bedeutung des Begriffes in E.

Binding Lehrbuch II. Band 2. Abt. S. 324, 389 ff.; Brandt S. 26; Bumke in den Protokollen des 32. Ausschusses, 45. Sitzung; Eckstein S. 514 und 519, Frank Anm. II und III Nr. 3 zu § 359 StGB.; Gerland Grundriß S. 267; Hälschner II. Band 2. Abt. S. 1021, 1029, 1030 und 1033; Helfritz in der jur. Wochenschrift 1928 S. 2142 zu Nr. 28; Laband I. Band S. 449; Lasinski S. 53; Loening S. 115 Anm. 3; Puppe S. 73; Petruschke S. 41; Preuß S. 315 Artikel Beamte; Schwartz Anm. 3 zu § 359 StGB.; Schneider S. 56; Triepel S. 13; Wachenfeld S. 592; Wunderlich in den Protokollen des 32. Ausschusses, 45. Sitzung; RGStr. in 5 418.

Für die Bedeutung der Legaldefinition des Amtsträgers ist also aus der Bedeutung des Ausdrucks: „Bestellen" im geltenden Recht nichts zu entnehmen, da derselbe alles mögliche bedeuten kann, angefangen vom privatrechtlichen Rechtsgeschäft bis zur staatsrechtlichen Anstellung. Der E. selbst, auf den wir also letzten Endes doch wieder angewiesen sind, gibt keine Erklärung für die Bedeutung, er spricht nur im § 142 von Amtsträgern, die im Dienst der Post, einer öffentlichen Telegrafenanstalt oder im öffentlichen Fernsprechdienst stehen, ferner im § 146 von der Anstellung zum Zwecke der Uebertragung eines öffentlichen Amtes. Der Begriff der „Anstellung" war das Haupterfordernis, der hauptsächlichste Unterbegriff des bisherigen Beamtenbegriffes. Wie wir zeigten, kann der Ausdruck „Bestellen" auch die Bedeutung einer „Anstellung" haben. Da nun der E. selbst auch von „Anstellung" spricht, erscheint zunächst die Klärung der Frage notwendig, ob auch im Sinne des E. „bestellen" gleich „anstellen" ist. Dagegen spricht in erster Linie eine schon oben in anderem Zusammenhang geltend gemachter Grund: Es kann unmöglich im Sinne des E. liegen, den alten staatsrechtlichen Anstellungs-

begriff, die „erbliche Belastung" des Beamtenbegriffes des geltendenRechts wieder in den neuen Amtsträgerbegriff zu übernehmen. Ein großer Teil der Streitfragen über den Beamtenbegriff des geltenden Rechts, die gerade an dem Unterbegriff der Anstellung anknüpfen, würden innerhalb des neuen Begriffes fortgesetzt werden. Es ist allerdings zuzugeben, daß in diesem Falle, die Uebernahme des Anstellungsbegriffes in den Amtsträgerbegriff keinen direkten logischen Widersinn darstellen würde, weil es sich ja nur um die Uebernahme eines selbständigen Unterbegriffes des Beamtenbegriffes handelte, nicht aber um die Uebernahme des ganzen Beamtenbegriffes. Infolgedessen ist der geltend gemachte Gegengrund in diesem Falle nicht unbedingt entscheidend; es soll deshalb untersucht werden, ob, falls „Bestelltsein" gleich „Anstellung" im bisherigen Sinne ist, die Legaldefinition des E. immer noch die Fälle mitumfaßt, die nach der Begründung von ihr mit getroffen werden sollten. Der Anstellungsbegriff wurde bisher in einer engeren und einer weiteren Auslegung aufgefaßt. Die engere Auslegung, vertreten besonders durch Hälschner II. Band S. 1030, Binding Lehrbuch II. Band S. 383 ff. und Frank, Anm. II zu § 359 StGB. definiert die Anstellung als eine rechtsgeschäftliche Begründung eines Staatsdienstverhältnisses. Die weitere, vom Preuß. Obertribunal stammende und vom RG. und dem in der Rechtslehre herrschend gewordenen Teil der Literatur übernommene Ansicht bezeichnet mit Anstellung die in gesetzlicher Weise erfolgte Berufung, als Organ der Staatsgewalt unter öffentliche Autorität für die Herbeiführung der Zwecke des Staates tätig zu sein, sofern nicht die zu leistenden Dienste:

a) lediglich auf Grund eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses, mit dem ein Akt der Amtsübertragung nicht verbunden ist geleistet werden;
b) Die Dienstleistungen nur ein unmittelbarer Ausfluß einer gesetzlichen allgemeinen Untertanenpflicht oder eines gesetzlichen Rechtes sind;
c) Die Dienste nur auf Grund eines Auftrags zur Leistung einzelner Dienste geleistet werden.

Auch nach dieser weiten Auslegung sind immer noch keine Beamten, z. B. Schöffen, Geschworene, und anderen Laienbeisitzer der Gerichte. Gerade diese sollen aber, nach der Begründung des E. (S. 11 unten), auch zu den Amtsträgern

im Sinne der Legaldefinition gehören, (vergl. auch Wunderlich in den Protokollen des 32. Ausschusses 45. Sitzung vom 12. 1. 1928 zu § 123). Der Anstellungsbegriff trifft also auch in seiner weitesten Auslegung noch immer nicht alle die Fälle, die im Sinne des E. von der Legaldefinition mit umfaßt werden sollten; es kann also „Anstellung" nicht mit „bestellt sein zur Ausübung" gleichgesetzt werden.

Es konnten bisher also nur drei Feststellungen negativer Art getroffen werden. Der E. selbst erläutert den fraglichen Ausdruck nicht; auch aus seinem Zusammenhang sowie aus der Begründung sowie auch aus den früheren Entwürfen ist nichts Positives über den Inhalt dieses neuen Begriffes zu entnehmen; der Ausdruck hat im geltenden Recht keine einheitlich feststehende Bedeutung; endlich kann er auch nicht einen Begriff bezeichnen, der gleichzusetzen wäre mit dem der Anstellung des geltenden Strafrechts. Alle diese negativen Feststellungen legen die Vermutung nahe, daß mit dem Ausdruck kein besonderer, n e b e n dem des öffentlichen Amtes stehender Unterbegriff geschaffen werden sollte, sondern daß es sich hier um eine ganz allgemeine Ausdrucksweise handeln soll, deren besondere Bedeutung innerhalb der Legaldefinition aus dem übrigen Zusammenhang der Legaldefinition zu entnehmen sein muß. Dafür spricht auch der Umstand, daß alle früheren Entwürfe von „Berufung" zur Ausübung eines öffentlichen Amtes" gesprochen hatten. Erst der Entwurf 1927 verwendete den Ausdruck „bestellen", ohne daß in der Begründung ein Grund angegeben worden ist, warum dieser Wechsel im Ausdruck erfolgte. Offenbar sah man keinerlei Unterschied zwischen beiden Bezeichnungen. In der Tat verwendet das geltende Recht den Ausdruck „berufen" in derselben allgemeinen Bedeutung wie „bestellen". So sprechen die §§ 33—35 GVG. von „Berufung" zum Amt eines Schöffen, §§ 84 und 90 zu dem eines Geschworenen; ferner das Patentgesetz vom 7. 12. 1923, RGBl. II. Band S. 437, in § 13, Abs. 2 von Berufung zu Mitgliedern des Patentamtes. Nebeneinander gebraucht beide Ausdrücke die Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. 10. 1923, RGBl. I. Band S. 1043, berichtigt auf S. 1080, im § 1: Bestellung des Vorsitzenden eines Schlichtungsausschusses und Berufung der Beisitzer. In diesen Gesetzen könnte es statt „Berufen" auch „bestellen" heißen, ohne daß hierdurch der Sinn geändert wurde. In ebenso all-

gemeiner Bedeutung gebraucht auch der E. den Ausdruck „bestellen" und schließt sich insofern an den Sprachgebrauch des geltenden Rechts an. Es mußte deshalb tatsächlich überflüssig erscheinen, den Ausdruck besonders zu erläutern. Wenn wirklich die Einführung eines neuen Unterbegriffes beabsichtigt worden wäre, so muß angenommen werden, daß dieser neue Begriff dann auch im E., oder wenigstens in der Begründung, erklärt worden wäre, da es im geltenden Recht keinen einheitlich feststehenden Begriff des „Bestellens" gibt. Es kann nicht hiergegen geltend gemacht werden, daß das öffentliche Amt im E. auch nicht erläutert worden sei; dieser Begriff konnte allenfalls, wie gezeigt, als bekannt vorausgesetzt werden.

Nach diesen Feststellungen muß sich also der Sinn des Ausdrucks: „Bestellen" aus dem übrigen Inhalt und Zusammenhang der Legaldefinition ergeben, also aus der „Ausübung eines öffentlichen Amtes". (Wir werden im folgenden kurz nur von Amtsausübung sprechen.) Die Amtsausübung wird damit zum Ausgangs- und Kernpunkt der ganzen Legaldefinition gemacht. Im Einklang damit steht es, daß auch die Begründungen zu den Entwürfen die Amtsausübung durchaus in den Vordergrund stellen. (Daß dies gerade in dem Abschnitt über die Amtsdelikte und im Zusammenhang mit diesem geschieht, darf nach dem oben Gesagten nicht in dem Sinne ausgelegt werden, daß das Moment der Amtsausübung nur bei den Amtsdelikten von Erheblichkeit sei; auch allgemein für den Amtsträgerbegriff Erhebliches erörtern die Entwürfe in dem Abschnitt des besonderen Teils über die Amtsdelikte. Eine solches für den Begriff im allgemeinen bedeutsames Moment ist auch das der Amtsausübung.) So betont die Amtsausübung die Begründung zum Vorentwurf (S. 615, 616) ferner die Denkschrift zum Entwurf 1919 (S. 137), und besonders S. 138: „Das Bedürfnis, auch diese Amtsführung — d. h. die der Amtsträger — rein zu erhalten, ist nicht minder groß als bei den Berufsbeamten". Ebenso Begründung zum Entwurf 1925 (S. 68) und Entwurf 1927 (S. 72, 73). Der Entwurf stellt also lediglich auf die Wirkung nach außen ab. Einerseits soll das Publikum vor einer Benachteiligung durch unrechtmäßige Amtsausübung geschützt werden, andererseits soll auch der Amtsträger, der Geschäfte des Staates besorgt, dabei einen möglichst weitgehenden staatlichen Schutz genießen. Im Einklang damit steht

auch die Entwicklung des strafrechtlichen Beamtenbegriffes, die dahin gegangen ist, immer mehr das Dienstverhältnis zwischen Staat und Beamten auszuschalten, und allein die Innehabung der Amtsgewalt als entscheidend abzusehen.

Das von uns im Wege der Auslegung gefundene Ergebnis, daß die Amtsausübung als der eigentliche Mittelpunkt der Legaldefinition des Amtsträgers anzusehen ist, stimmt also überein mit dem Sinne der Entwickelung, wie er in den Begründungen dargetan wird, sowie auch mit der geschichtlichen Entwicklung.

Wenn nun der Unterbegriff des „Bestellers" aus dem der Amtsausübung zu entnehmen ist, und letzterer durchaus die Grundlage der Legaldefinition darstellt, so muß der Begriff des „Bestellens" so weit ausgelegt werden, daß alle die Fälle, in denen tatsächlich ein öffentliches Amt ausgeübt wird, von ihm mit umfaßt werden. Es darf sich also niemals der Zwiespalt ergeben, daß jemand zwar tatsächlich ein öffentliches Amt ausübt, aber doch nicht als Amtsträger anzusehen ist, weil die Erfordernisse des Unterbegriffs der Bestellung nicht vorliegen. Solche Fälle können sich aber immer dann ergeben, wenn das „bestellt sein zur Ausübung" dem Begriffe des öffentlichen Amtes als selbständiger Unterbegriff nebengeordnet wird, statt ihn dem Begriff des öffentlichen Amtes absolut unterzuordnen und aus ihm herzuleiten. Abgesehen von den oben geltend gemachten materiellen Gründen zwingt aber auch rein formell die Fassung des Wortlautes der Legaldefinition keineswegs zu dem Schluß, daß die Nebeneinanderstellung zweier selbständiger Unterbegriffe in der Legaldefinition beabsichtigt worden ist. Es steht vielmehr auch formell der Auffassung nichts im Wege, daß das „Bestellen zur Ausübung" den Begriff des öffentlichen Amtes unterzuordnen und aus ihm herzuleiten sei. Wenn der Begriff des Bestellens soweit gefaßt werden muß, daß ohne weiteres daraus, daß jemand tatsächlich — natürlich rechtmäßig — ein öffentliches Amt ausübt, zu entnehmen, ist, daß eine Bestellung erfolgt ist, ganz gleichgültig, aus welchem rechtlichen Grunde die Amtsübertragung erfolgt ist, so muß man

unter Bestellung zur Ausübung jeden Akt verstehen, durch welchen die Ausübung eines öffentlichen Amtes übertragen wird.

(Vergl. Begründung zum Vorentwurf S. 21: „notwendig ist, daß

die Berufung ihren Grund in einer gesetzlichen Ermächtigung im weitesten Sinne haben muß"; S. 616: „. . . gleichviel, ob die Berufung auf einem Anstellungsakt oder dem Gesetz oder einem andern gesetzlichen Grunde beruht".) Seiner rechtlichen Natur nach ist dieser Akt ein Staatshoheitsakt, da die Uebertragung eines öffentlichen Amtes nur durch einen solchen erfolgt. (Vergl. Laband I. Band S. 449; Lasinski S. 53; Puppe S. 73; Schneider S. 56.)

Es ergeben sich hieraus folgende Konsequenzen: eine rechtmäßige Innehabung eines Amtes ohne „Bestellt sein" ist n i c h t möglich, da in jeder Uebertragung eines Amtes auch eine Bestellung zur Ausübung desselben vorliegt. Somit gibt es keine Personen, die öffentliche Aemter ausüben, ohne Amtsträger zu sein. Ein Auseinanderfallen von „Amt" und „Amtsträger", wie es im geltenden Recht bei „Amt" und „Beamter" vorkommt, ist demnach unmöglich. Infolgedessen sind Beamte im staatsrechtlichen Sinne, bei denen die Begründung des Staatsdienstverhältnisses durch Anstellung erfolgt ist, die aber aus irgend einem Grunde kein Amt ausüben, z. B. Beamte im Vorbereitungsdienst oder zur Disposition gestellte Beamte n i c h t Amtsträger. Im geltenden Recht entsteht der Zwiespalt dadurch, daß hier Anstellung und Amtsübertragung zwei vollständig verschiedene, voneinander unabhängige Begriffe sind, und für die Beamteneigenschaft nur die Anstellung wesentlich ist. Hieraus folgerte die herrschende Lehre, daß es auch Beamte ohne Amt gibt, und daß deshalb auch Beamte im Vorbereitungsdienst, sowie zur Disposition gestellte Beamte die Beamtenqualität im strafrechtlichen Sinne besitzen. (Vgl. Hälschner, II. Band, 2. Abt., S. 1021, 1029; Binding, Lehrbuch, II. Band, 2. Abt., S. 324; Wachenfeld, S. 592; Schwartz, Anm. 3 zu § 359 StGB.; Gerland, Grundriß, S. 267; Brandt, S. 26; Loening, S. 115, Note 3; Eckstein, S. 514 und 529; Triepel, S. 13; Petruschke, S. 41. Anderer Ansicht Preuß, S. 315, Art. Beamte. Da aber im Sinne des E. einzig und allein die Amtsausübung wesentlich und von ihr die „Bestellung" gänzlich abhängig ist, so folgt hieraus, daß jemand, der „angestellt", d. h. in ein festes Staatsdienstverhältnis eingetreten ist, noch nicht Amtsträger im Sinne des E. ist, solange ihm noch nicht die Amtsausübung übertragen oder sofern diese ihm wieder entzogen ist. Anderer Ansicht Bumke (Protokolle des 31. Ausschusses 45.

Sitzung): Im Strafrechtsausschuß wurde die Frage aufgeworfen, ob jemand, der bereits seinen Dienst als Nachtwächter einer Gemeinde angetreten habe, dessen Anstellung aber noch nicht perfekt sei, weil er noch nicht die nach dem Preuß. Polizeiverwaltungsgesetz vom 2. 3. 1850 und der Kreisordnung für die östlichen Provinzen notwendige Bestätigung der zuständigen höheren Behörde erhalten habe, und der aus diesem Grunde noch kein Beamter im Sinne des § 359 StGB. sei, doch schon die Amtsträgereigenschaft im Sinne des E. besäße, weil ihm doch die Ausübung eines öffentlichen Amtes übertragen sei. Hierauf äußert Bumke die Ansicht, daß der Amtsträger von der zur Bestellung berufenen Behörde in der richtigen Form bestellt sein müsse. Sei die Bestätigung einer höheren Behörde für die Bestellung notwendig, so gehöre auch diese Bestätigung zur Bestellung. Wir geben dieses Beispiel absichtlich so ausführlich wieder, weil es für die Klarlegung der hier vertretenen Ansicht hervorragend instruktiv ist. Wir setzen zunächst voraus, was auch im Ausschuß vorausgesetzt wurde, daß die Ausübung des Nachtwächterdienstes in einer Gemeinde als öffentliches Amt anzusehen ist, und daß der betr. Nachtwächter in rechtmäßiger Form mit der Ausübung des Dienstes beauftragt worden ist. Dann ist nach der hier vertretenen Ansicht der Nachtwächter Amtsträger, sobald ihm die Ausübung des Nachtwächteramtes tatsächlich übertragen ist, einerlei ob seine „Anstellung" als Beamter noch nicht perfekt ist oder ob er bereits die Bestätigung der höheren Behörde empfangen hat. Bei der gegenteiligen Ansicht Bumkes ist ganz deutlich noch die Abhängigkeit und Anlehnung an den Anstellungsbegriff des geltenden Rechtes zu erkennen. Gleichzeitig ist aus dem Beispiel ersichtlich, daß, sowie man den Begriff der Bestellung irgendwie von dem der Amtsausübung trennt und ihn selbständig auffaßt, man sofort zu der Konsequenz gedrängt wird, nunmehr zwei selbständige Unterbegriffe anerkennen zu müssen, die beide ihre eigenen, voneinander unabhängigen Voraussetzungen haben. Wenn die Voraussetzungen des Unterbegriffes der Bestellung nicht gegeben sind, liegt dann also keine Amtsträgereigenschaft vor, trotzdem die betreffende Person ein öffentliches Amt ausübt. Nebenbei sei bemerkt, daß bei Durchführung dieser Ansicht der Begriff der Bestellung aller

Voraussicht nach in das Fahrwasser des alten Anstellungsbegriffes geraten wird. Eine solche Auffassung der Legaldefinition wäre ein direkter Rückschritt: im § 359 StGB. handelt es sich — in der Hauptsache — nur um eine unbekannte Größe — nämlich die Anstellung im Reichs- oder Staatsdienst. Im § 9 Ziff. 4 des E. dagegen würde es nunmehr, nach der hier bekämpften Ansicht, deren zwei, nämlich die Bestellung und die Ausübung eines öffentlichen Amtes geben. Unter solchen Umständen wäre es wohl kaum ratsam, die Vorteile, die der § 359 StGB. infolge der — allerdings extrem weiten Auslegung des Anstellungsbegriffes für die praktische Anwendung bietet, aufzugeben, zu Gunsten einer Legaldefinition, bei der zunächst zwei von einander unabhängige Unterbegriffe in Einklang gebracht werden müssen.

Aber auch in der praktischen Anwendung führt die gegenteilige Ansicht zu unbefriedigenden Ergebnissen. Wenn — um bei dem obigen Beispiel zu bleiben, — der Nachtwächter sich nun von Einbrechern ein Entgelt dafür geben läßt, vor einem bestimmten Hause nicht aufzupassen, sodaß jene dort ungestört einen Einbruch verüben können, soll er dann nicht wegen Bestechung bestraft werden können, weil er nicht Amtsträger im Sinne von § 214 des E. ist? Oder, falls einer der Einbrecher den Nachtwächter festhält oder bedroht, damit seine Komplizen inzwischen den Einbruch ausführen können, soll dieser dann nicht wegen Widerstandes gegen die Staatsgewalt bestraft werden können? Oder begeht der Nachtwächter eine Amtsanmaßung, wenn er eine ihm verdächtig scheinende Person anhält, um deren Personalien festzustellen? Das geltende Recht wäre allerdings zu solchen unerfreulichen Ergebnissen gezwungen, infolge des Erfordernisses der Anstellung. Da der Wortlaut des E. aber nicht dazu zwingt, den Ausdruck „bestellen" in einem Sinne aufzufassen, der dem der Anstellung gleichkommt, so ist de lege ferenda die hier vertretene Auffassung vorzuziehen, da sie solche Konsequenzen nicht zur Folge hat. Es wäre durchaus unpraktisch, durch eine engherzige Auslegung der Legaldefinition die Lücken des bisherigen Rechts in den E. zu übernehmen.

Es ist deshalb daran festzuhalten, daß das maßgebende Begriffsmerkmal der Amtsträgereigenschaft einzig und allein die Ausübung eines öffentlichen Amtes ist, und daß „Be-

stellung zur Ausübung" den Staatshoheitsakt bedeutet, durch welchen die Amtsausübung übertragen wird. Keineswegs spricht § 146 des E. gegen unsere Ansicht. Zwar ist hier von Anstellung und dadurch bewirkter Uebertragung eines öffentlichen Amtes die Rede, jedoch stellt dieser Paragraph auch lediglich auf die Amtsausübung ab. Den Tatbestand erfüllt nur derjenige, dem wirklich ein öffentliches Amt übertragen wird, nicht shon derjenige, der durch eine Täuschung erreicht, daß er als Beamter angestellt wird, ohne daß ihm zunächst ein Amt übertragen wird. Ob der E. überhaupt noch den Begriff der Anstellung des bisherigen Strafrechts kennt, ist eine andere, unten noch zu behandelnde Frage. Hier war zunächst nur festzustellen, daß der Wortlaut dieses Paragraphen nicht gegen den von uns vertretenen Begriff der Bestellung spricht.

Das Verhältnis der Bestellung zur Ausübung eines öffentlichen Amtes und der Anstellung im Sinne des geltenden Strafrechts könnte man dem Verhältnis zwischen dem abstrakten und dem diesen zugrunde liegenden Kausalgeschäft vergleichen. Letzteres kann eine Anstellung im staatsrechtlichen Sinne, eine auf Gesetz beruhende allgemeine Untertanenpflicht oder auch ein privatrechtlicher Vertrag sein. In diesem Sinne ist auch die Begründung zum Vorentwurf aufzufassen, wenn sie sagt (S. 21): „Ob sie (die Berufung zum Amt) unmittelbar auf dem Gesetz beruht oder durch Vertrag oder Verleihung erfolgt, ist gleichgültig." Es spielt somit auch gar keine Rolle, ob bei der Anstellung oder dem Vertrag, also bei dem Kausalgeschäft, vereinbart worden ist, der Anzustellende solle die Eigenschaft eines Amtsträgers erwerben oder nicht erwerben. Es ist lediglich zu prüfen, ob die Uebertragung eines durch das öffentliche Recht begrenzten Kreises staatlicher Geschäfte erfolgt ist.

Zur weiteren Begründung unserer Ansicht, daß Bestellung im Sinne der Legaldefinition die Uebertragung der Amtsausübung bedeutet, mag noch folgender Gesichtspunkt angeführt werden: wenn man der oben bekämpften Ansicht folgend, annimmt, daß die Bestellung ein von der Amtsausübung unabhängiger selbständiger Unterbegriff ist, so mag es unter genauer Berücksichtigung des augenblicklichen Standes der Gesetzgebung vielleicht möglich sein, diesen Unterbegriff so zu definieren, daß er sich mit dem des öffent-

lichen Amtes deckt. Es wird aber nicht möglich sein, die Entwicklungsmöglichkeiten der zukünftigen Gesetzgebung, für die der Entwurf ja hauptsächlich Bedeutung haben wird, wie sich insbesondere auch aus den Artikeln 7 und 8 des Entwurfes eines Einführungsgesetzes zum E. ergibt, so zu übersehen, daß auch diese Möglichkeiten von der Definition des Begriffes der Bestellung umfaßt werden. Es besteht dadurch bei jedem neuen Nebenstrafgesetz die Gefahr, daß die Einheit zwischen Amt und Amtsträger, die die Legaldefinition des E. gerade herstellt, wieder verloren geht. Dieser Gefahr kann nur dadurch vorgebeugt werden, daß der Begriff des Bestellens in der oben geschilderten Weise dem der Amtsausübung untergeordnet wird.

Die Form des staatlichen Hoheitsaktes, durch welchen die Amtsausübung übertragen wird, hat selbstverständlich nichts zu tun mit der Form des „Kausalgeschäftes", also der Anstellung usw. Vielmehr richtet sich die Form der Bestellung nach den staatsrechtlichen Bestimmungen, nach denen im Einzelfall die Uebertragung der Ausübung des bestimmten Amtes möglich war. Wenn nach dem Staatsrecht überhaupt ein gültiger Akt der Amtsübertragung vorlag, so liegt auch eine gültige Bestellung zur Ausübung vor.

Endlich wäre noch die Frage zu prüfen, ob eine tatsächliche Amtsausübung vorliegen muß, um die Amtsträgereigenschaft zu begründen, oder ob es genügt, wenn lediglich ein rechtsgültiger Staatshoheitsakt erfolgt ist, durch welchen die Ausübung übertragen worden ist, ohne Rücksicht darauf, ob die zur Amtsübung bestellten Personen nun tatsächlich das Amt ausüben oder nicht. Nach dem Wortlaut der Legaldefinition muß man wohl annehmen, daß Letzteres genügt, daß es also hinreichend ist, wenn eine rechtsgültige Uebertragung der Amtsausübung erfolgt ist. Der Einheit zwischen Amt und Amtsträger tut dieser Feststellung keinen Abbruch, da auf jeden Fall eine Person, die ein Amt rechtmäßig ausübt, auch Amtsträger ist, der E. aber keinerlei Anhaltspunkte für die Auffassung bietet, daß n u r solche Personen Amtsträgereigenschaften haben sollen.

Zum Schluß mögen noch einige Merkmale, die für den Beamtenbegriff des geltenden Rechts mehr oder minder wesentlich sind, daraufhin geprüft werden, welche Bedeutung sie für den Amtsträgerbegriff besitzen. Von wem die Be-

stellung ausgeht, muß gleichgültig erscheinen. Wenn der Staat einer juristischen Person des Privatrechts die Befugnis delegiert, dritten Personen die Besorgung von Staatsgeschäften, also öffentliche Aemter, zu übertragen, so können auch solche Personen Dritte zu Amtsträgern bestellen. Somit gibt es auch keine unmittelbaren oder mittelbaren Amtsträger, jedenfalls wäre eine solche Unterscheidung ohne jede strafrechtliche Bedeutung. Falls einer Person die Ausübung eines öffentlichen Amtes übertragen ist, ist dieselbe damit Amtsträger, und es spielt keine Rolle, ob die Bestellung durch den Staat selbst, oder durch eine in die Verfassung des Staates organisch eingegliederte öffentlich-rechtliche Korporation oder durch eine Privatperson erfolgt ist. Diese Feststellung ist insofern von Wichtigkeit, als in der Literatur die Ansicht vertreten ist, daß mittelbare Reichsbeamte, wie z. B. die Beamten der Deutschen Reichsbahngesellschaft, nicht Beamte im Sinne des § 359 StGB. seien, da dieser Paragraph nur von mittelbaren Staatsbeamten spricht, nicht aber auch die mittelbaren Reichsbeamten miteinbeziehen, und ausdehnende Analogie unzulässig ist. (Helfritz in der Jur. Wochenschrift 1928, S. 2142 zu Nr. 28.) Ferner ist es für die Amtsträgereigenschaft ohne Belang, ob die in dem öffentlichen Amt zusammengefaßten Staatsgeschäfte unentgeltlich besorgt werden, wie z. B. im allgemeinen bei Trägern von Ehrenämtern, oder gegen ein bestimmtes Entgelt für jede Amtshandlung, wie z. B. bei den Notaren, oder ob der Amtsträger ein festes Gehalt bezieht.

Da der E. ohne jede Einschränkung jede Bestellung zur Amtsausübung die Amtsträgereigenschaft begründen läßt, so muß dies auch für eine ganz vorübergehende Bestellung gelten. Infolgedessen wird man auch für die Fälle keine Ausnahme machen können, wenn es sich um die Besorgung eines einzelnen, speziellen Staatsgeschäftes handelt, z. B. die Bewachung eines Gefangenentransportes, oder im Falle des § 187 der Strafprozeßordnung.

Zusammenfassend stellen wir fest, daß ein Amtsträger im Sinne des E. eine Person ist, der durch Staatshoheitsakt die Besorgung eines durch das öffentliche Recht begrenzten Kreises von staatlichen Geschäften übertragen ist.

III. Kapitel.

Vergleichende Betrachtung.

1. Der Amtsträgerbegriff des E. und die Amtsträger des geltenden Rechts.

Binding, Lehrbuch, S. 264, 265; Preiser, S. 251; Triepel, S. 68.

Schon oben wurde dargestellt, daß es im geltenden StGB. Personengruppen gibt, die in gewissen Beziehungen den Beamten gleichgestellt werden. Die Gleichstellung erfolgte in zwei Richtungen: einmal werden sie bei Begehung bestimmter Tatbestände ebenso bestraft wie Beamte, die diese Tatbestände erfüllen, zum andern werden sie, wenn dritte Personen gegen sie gewisse Tatbestände erfüllen, ebenso geschützt wie Beamte im gleichen Falle. Zur ersten Gruppe gehören die §§ 334, 336, 338, 352, 355 und 356; zur zweiten die §§ 113, 120—122. Aus dem engen Zusammenhang, in welchem diese Personen in denselben Tatbeständen, in denen die Amtsdelikte von Beamten behandelt wurden, stehen sowie bei der ersten Gruppe auch aus der Ueberschrift des 28. Abschnittes des StGB. wird, wie schon erwähnt, entnommen, daß diese Personen ein öffentliches Amt ausüben. Zahlreiche weitere Amtsträger finden sich in den Nebengesetzen. Nach der Seemannsordnung vom 2. 6. 1902, RGBl., S. 175, § 5, sind die Seemannsämter mit einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern besetzt. Das Seemannsamt vernimmt Personen, die gegen die Strafbestimmungen der Seemannsordnung verstoßen haben, verantwortlich als Angeschuldigte, andere Personen als Zeugen, und kann einen Strafbescheid erteilen, durch welchen Geld- und Freiheitsstrafen festgesetzt werden können. Dieser Bescheid wirkt in Betreff der Verjährung wie eine richterliche Handlung. (123.) Somit ist den Seemannsämtern ein Kreis staatlicher Geschäfte zur Besorgung übertragen, und sowohl der Vorsitzende wie die Beisitzer sind als Amtsträger anzusehen. Das Versicherungsaufsichtsgesetz vom 12. 5. 1901 bestimmt im § 2, daß die privaten Versicherungsunternehmungen durch Reichs- und Landesbehörden beaufsichtigt werden müssen. Hieraus ergibt sich, daß diese Beaufsichtigung eine Staatsaufgabe ist; die Aufsichtsämter besorgen also Geschäfte des Staates.

Infolgedessen sind die Mitglieder — auch die nicht ständigen — dieser Aufsichtsbehörde, ferner die besonders bestellten Kommissare sowie auch die Mitglieder des Versicherungsbeirates (vgl. § 70—72) Amtsträger. Auch die durch die Börsenehrengerichte sowie die Ehrengerichte der Anwaltskammern ausgeübte Disziplinargerichtsbarkeit ist als ein Kreis von staatlichen Geschäften anzusehen. Infolgedessen sind die Mitglieder dieser Ehrengerichte (vgl. Börsengesetz vom 25. 5. 1908, § 9; Rechtsanwaltschaftsordnung, § 67) Amtsträger. Auch das Patentamt übt staatliche Aufgaben aus. Deshalb sind die nichtständigen technischen Mitglieder, deren Beamteneigenschaft durch § 13 des Patentgesetzes ausdrücklich ausgeschlossen ist, Amtsträger. Ferner die zeitweise beschäftigten Hilfsmitglieder des Patentamtes (vgl. Patentgesetz vom 7. 12. 1923 RGBl. II. Band, S. 437, § 13 und Gesetz betr. die Beschäftigung von Hilfsmitgliedern im Kaiserlichen Patentamt vom 18. 5. 1908, RGBl., S. 211). Auch diese Hilfsmitglieder müssen als Amtsträger angesehen werden. Die nach § 8 des Filmzensurgesetzes vom 12. 5. 1920 RGBl., S. 953, errichteten Filmprüfstellen besorgen staatliche und zwar polizeiliche Aufgaben, — die früher den Ortspolizeibehörden übertragen waren — nämlich die Zensur von Filmstreifen. Infolgedessen üben die Beisitzer an diesen Filmprüfstellen ein öffentliches Amt aus und sind Amtsträger. Endlich gehört auch die Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten zu den Aufgaben des Staates. Die Beisitzer der zu diesem Zwecke eingesetzten Schlichtungsausschüsse sind somit als Amtsträger anzusehen, ebenso natürlich auch die Vorsitzenden. (Vergl. Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30. 10. 1923, RGBl. I. Band, S. 1043, Berichtigung auf S. 1080. Auch die in den §§ 141—143 der Reichsversicherungsordnung, §§ 349—351 des Versicherungsgesetzes für Angestellte genannten Mitglieder eines Organs der Reichsversicherungsanstalt, die Mitglieder oder Angestellten einer Versicherungsbehörde, ferner die Vertreter und Beisitzer der dort genannten Schiedsgerichte müssen zu den Amtsträgern gezählt werden, weil auch ihre Tätigkeit in der Besorgung staatlicher Geschäfte besteht. Dazu gehören auch die in verschiedenen Gesetzen meist gesundheitspolizeilichen Charakters genannten „Beauftragten der Polizeibehörde", die auch selbst das Recht zur Vornahme gesundheitspolizeilicher

Maßnahmen, wie z. B. die Untersuchung von Lagerräumen oder die Entnahme von Proben haben. (Vergl. Gesetz vom 15. 6. 1897 betr. den Verkehr mit Butter, Käse, Schmalz und deren Ersatzmitteln, RGBl. S. 475, letzte Aenderung durch Gesetz vom 5. 7. 1927, RGBl. I. Band, S. 134, §§ 15 und 16; Weingesetz vom 7. 4. 1909, RGBl. S. 393, letzte Aenderung durch Gesetz vom 5. 7. 1927, RGBl. I. Band S. 134; Verordnung über die Handelsbeschränkungen vom 28. 7. 1923, RGBl. I. Band S. 713. Auch die Beauftragten der Finanzämter, (vergl. § 175 der Reichsabgabenordnung) wären hier zu nennen. Als Amtsträger sind auch die nach § 36 Abs. 2 des Gesetzes betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. 6. 1900, RGBl. S. 306, und nach § 2 des Viehseuchengesetzes vom 26. 6. 1909, RGBl. S. 519, letzte Aenderung durch das Gesetz vom 18. 7. 1928, RGBl. I. Band, S. 289) anstelle der beacmteten Aerzte bezw. Tierärzte zugezogenen anderen Aerzte anzusehen. Alle diese Personen üben ein öffentliches Amt aus, in dem oben dargelegten Sinne und sind somit auch nach der geltenden Rechtslage als Amtsträger anzusehen. Wenn nun der E. als Strafgesetzbuch in Kraft treten sollte, würde die Amtsträgereigenschaft der in diesen Nebengesetzen aufgeführten Personen hierdurch nicht berührt werden, da ihre Amtsträgerstellung darauf beruht, daß das von ihnen verwaltete Amt seiner Natur nach ein öffentliches ist. Anders ist es bei den Amtsträgern des StGB., da deren Amtsträgereigenschaft z. T. darauf beruht, daß das von ihnen verwaltete Amt lediglich durch das StGB. für ein öffentliches erklärt wird oder sich doch aus dem Zusammenhang des StGB. eine solche Erklärung entnehmen läßt. Die im § 31 Abs. 2 des StGB. genannten Rechtsanwälte sind z. B. wie schon oben hervorgehoben, nicht als Amtsträger anzusehen, denn die Rechtsanwaltschaft ist ihrer Natur nach kein öffentliches Amt, sondern ist es nach geltendem Recht nur dadurch, daß § 31 Abs. 2 des StGB. sie ausdrücklich dazu erklärt. Der E. erklärt sie aber nicht dazu, sondern stellt sie nur für die Fälle des Verlustes der Amtsfähigkeit den öffentlichen Aemtern gleich (vergl. § 48 des E.). Hieraus folgt also, daß der Rechtsanwalt im Sinne des E. nicht als Amtsträger anzusehen ist. Dem entspricht auch, daß der bisher zu den Amtsdelikten gehörige Tatbestand des Parteiverrates, § 356 StGB., nun-

mehr aus dieser Rechtsmaterie entfernt und in dem 12. Abschnitt des esonderen Teils des E., über „Schädigung der Rechtspflege", eingereiht ist. (§ 193 des E.) Daraus, daß dieses Delikt nicht mehr zu den Amtsdelikten gehört, folgt weiter, daß die im § 356 StGB. neben den Anwälten genannten „anderen Rechtsbeiständen" nicht mehr als Amtsträger anzusehen sind, weil ihre Amtsträgereigenschaft im geltenden Recht gerade aus der Aufzählung im § 356 neben den Anwälten sowie auch aus der Stellung des § 356 StGB. im System gefolgert wurde. Die Amtsträgereigenschaft der Rechtsanwälte und sonstigen Rechtsbeiständen ergab sich nach dem geltenden Recht ferner auch aus § 352 StGB. Gebührenüberhebung, wo diese Personen neben den Beamten als Täter genannt werden. Der Tatbestand dieses Paragraphen findet sich wieder im § 136 des E., allerdings mit einem Unterschied: § 136 des E. benennt als Subjekte des Deliktes nur die Amtsträger. Im Anhang des E. (auf Seite 206—212) ist aber in der Gegenüberstellung der §§ des geltenden StGB. mit denen des E. gesagt, daß dem § 352 und 353 des StGB. der § 136 des E. entspräche. Bei der umgekehrten Gegenüberstellung ist entsprechend gesagt, daß dem § 136 des E. die §§ 352 und 353 des StGB. entsprechen. Aus dieser Gegenüberstellung allein wird man aber nicht den Schluß ziehen können, daß im Sinne des E. auch die Anwälte und sonstige Rechtsbeistände zu den Amtsträgern im Sinne des E. zählen sollen. Die Benennung der beiden Paragraphen des geltenden Rechts gegenüber dem des E. soll offenbar nur bedeuten, daß deren Tatbestände sich jetzt in dem Tatbestand des § 136 vereinigt finden. Vielmehr sind Rechtsanwälte und sonstige Rechtsbeistände k e i n e Amtsträger im Sinne des E., denn die von ihnen ausgeübte Tätigkeit ist weder ihrer Natur nach ein öffentliches Amt (anderer Ansicht Laband III. Band S. 425 ff.), noch bestimmt das Gesetz ausdrücklich oder ist auf andere Weise aus dem Gesetz zu entnehmen, daß sie ein öffentliches Amt sein soll (vergl. vor allem Triepel der sie zu den sog. „Halbbeamten" zählt). Die Folge ist, daß, da § 136 des E. nur noch die Amtsträger als taugliche Täter der Gebührenüberhebung benennt, Rechtsanwälte und andere Rechtsbeistände, nicht mehr das Delikt der Gebührenüberhebung begehen können, wenn der Entwurf in der jetzigen Form Gesetz wird.

Bedauerlicherweise führt der E. als taugliche Subjekte der Richterbestechung sowie der Rechtsbeugung in den §§ 125, 126 und 129 auch wieder, wie das geltende StGB., die Schiedsrichter auf. Das „Amt" des Schiedsrichters beruht auf einem privatrechtlichen Schiedsvertrag; er wird aus übereinstimmenden Wunsch zweier Privatpersonen und in deren Privatinteresse tätig; seine Tätigkeit weist also ihrer Natur nach keinerlei Merkmale eines öffentlichen Amtes auf. Lediglich wegen der Stellung in den §§ 334 und 336 StGB. muß die Schiedsrichtertätigkeit für das geltende Recht als öffentliches Amt angesehen werden. Im Sinne des E. sind die Schiedsrichter aber keine Amtsträger — da ihre Tätigkeit weder ihrer Natur nach ein öffentliches Amt ist, noch durch den E. dazu erklärt wird, sondern sind den Amtsträgern nur hinsichtlich der Strafbarkeit in den Fällen der §§ 125 und 129 des E. gleichgestellt. (Anders natürlich die Schiedsrichter mit Amtsträgereigenschaft, wie sie in den oben aufgeführten Nebengesetzen vorkommen. Diese sind Amtsträger und können als solche auch alle andern im 7. Abschnitt aufgeführten Verletzungen der Amtspflicht, soweit diese von allen Amtsträgern begangen werden können, begehen. Daß der E. jedoch nicht diese, sondern gerade die auf Grund eines privatrechtlichen Schiedsvertrages tätig werdenden Schiedsrichter im Auge hat, beweist die Gegenüberstellung im § 129: „ein Amtsträger oder Schiedsrichter".)

Nicht mehr als Amtsträger anzusehen sind ferner die Religionsdiener des § 338 StGB.; das Amt eines Religionsdieners ist seiner Natur nach kein öffentliches (kann es aber unter Umständen natürlich werden). Denn seine Amtsträgereigenschaft beruht ebenfalls lediglich auf der Stellung des § 338 und dem Zusammenhang. Der E. hat diesen Tatbestand jedoch nicht mehr übernommen.

Die im § 355 StGB. genannten Amtsträger („andere mit der Beaufsichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienendenTelegrafenanstalt betrauten Personen") besorgen staatliche Aufgaben, sind also ihrer Natur nach Amtsträger; der E. nennt sie außerdem noch, überflüssigerweise, im § 142 Abs. 2. Die im § 113 Abs. 3 StGB. aufgeführten Amtsträger — Mannschaften der bewaffneten Macht, ferner die Personen, die zur Unterstützung von Beamten zugezogen werden, sowie die Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder

Bürgerwehr — genießen den Schutz des § 113 StGB. ja nur, sofern und solange sie staatliche Aufgaben erfüllen. In diesen Fällen erlangen sie auch die Eigenschaft als Amtsträger und sind als solche auch im § 149 des E. benannt. Die in dem § 120—122 StGB. benannten mit der Beaufsichtigung, Bedienung oder Bewachung von Gefangenen beauftragten Personen erfüllen als solche Geschäfte des Staates, und sind somit Amtsträger. Allerdings ist in den den §§ 120 und 121 entsprechenden Tatbeständen des E. §§ 156 und 157, von derartigen Personen nicht mehr die Rede, sondern es sind als Täter genannt diejenigen, die einen Gefangenen befreien oder ihn fahrlässig entweichen lassen. Im § 154 des E., der den Tatbestand der Meuterei von Gefangenen bringt, sind neben den Anstaltsbeamten (gemeint sind, wie noch ausgeführt wird, hier auch Amtsträger) überflüssigerweise auch noch die mit der Beaufsichtigung von Gefangenen beauftragten Personen genannt.

Durch diese Vergleichung sollte hauptsächlich gezeigt werden, daß eine ganze Anzahl von Personen, die nach der durch das StGB. geschaffenen Rechtslage Amtsträgereigenschaften besitzen, nach der Rechtslage, wie sie der E. schaffen würde, nicht mehr als Amtsträger anzusehen sind.

2. Der Amtsträgerbegriff des E. und die Amtsträger der Rechtslehre.

Binding im Gerichtssaal 64. Band S. 20; derselbe im Gerichtssaal 77. Band S. 5 Anm. 2; Birkmeyer S. 345; Gerland, der Entwurf 1925 S. 25, 26; Höpler S. 233; Mendelssohn-Bartholdy in der Vergleichenden Darstellung 6. Band S. 309 und 310; Preiser S. 238; v. Ullmann S. 376; Wachinger S. 306, 307.

Wie schon erwähnt, hat ein Teil der Rechtslehre die Einführung des Amtsträgerbegriffes empfohlen, und die betr. Autoren haben teilweise auch mehr oder weniger eingehend ausgeführt, wie der von ihnen befürwortete Amtsträgerbegriff zu fassen sei. Im Folgenden sollen nun diese vorgeschlagenen Fassungen des Amtsträgerbegriffes mit der in der Legaldefinition des E. enthaltenen verglichen werden.

Binding versteht unter Amtsträgern Personen, die ein Staatsamt ausüben; unter Staatsamt versteht Binding dasselbe, was im Sinne des E. als öffentliches Amt anzusehen ist. Bindings Definition deckt sich also mit der des E. Hinsichtlich des Geltungsbereichs besteht jedoch eine sehr große Differenz.

Der Entwurf ersetzt den Beamtenbegriff durch den des Amtsträgers. Letzterer gilt also nicht nur für das Gebiet der Amtsdelikte — der echten wie der unechten — sondern überhaupt für alle Tatbestände, die bisher den Amtsträgerbegriff verwenden. Die durch den neuen Begriff beabsichtigte Erweiterung erstreckt sich also nicht nur darauf, das Publikum in erhöhtem Maße vor jeglichem Mißbrauch der Amtsgewalt zu schützen sondern ebensowohl darauf, daß auch die Amtsgewalt schlechthin, gleichviel ob sie von einem Beamten oder einem unbeamteten Träger ausgeübt wird, erhöhten Strafschutz gegen Angriffe Dritter genießen soll. Binding dagegen will keineswegs den Beamtenbegriff für das Gebiet des Strafrechts ganz allgemein durch den Amtsträgerbegriff ersetzen, sondern will offenbar nur auf dem Gebiet der echten Amtsdelikte — hierunter versteht Binding aber nur den Kompetenzmißbrauch — den Amtsträger hinsichtlich der Strafbarkeit dem Beamten gleichstellen. (Vergl. Gerichtssaal 64. Band S. 20.)

Die im Vorentwurf aufgestellte allgemein gültige Legaldefinition hat Binding ausdrücklich als viel zu weitgehend angegriffen (im Gerichtsaal 77. Band S. 5 Anm. 3). Ob eine nur auf das Gebiet der echten Amtsdelikte, wie sie Binding versteht, eingeschränkte Einführung des Amtsträgerbegriffes empfohlen werden kann, erscheint nach dem gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung fraglich. Mehrere Nebengesetze, die schon angeführt wurden, haben bereits bei Delikten g e g e n Amtshandlungen von Amtsträgern letztere mit den Beamten auf eine Stufe gestellt, ihre Amtsführung also für ebenso schutzwürdig erklärt wie die der Beamten. In demselben Sinne erklärt auch die Begründung zum Vorentwurf (S. 21) ausdrücklih, daß es ein Gebot der Gerechtigkeit sei, daß solchen Personen, deren amtliche Tätigkeit der Staat in Anspruch nimmt, der den Beamten zukommende Schutz des Strafrechts gewährt werden müsse. Es erscheint zweifelhaft, ob es Erfolg verspricht, den Amtsträgerbegriff gesetzgeberisch auf ein bestimmtes Gebiet zu reduzieren, trotzdem er sich in den Nebengesetzen schon über dieses Gebiet hinaus ausgedehnt hat.

Wachinger (S. 306) versteht unter „öffentlichen Amtsträgern" Personen, die unmittelbar durch Gesetz oder durch einen öffentlich rechtlichen Akt (Ernennung, Wahl, Auftrag)

berufen sind, als Organ des Staates oder eines abgeleiteten Trägers der Staatsgewalt für öffentliche Zwecke tätig zu sein. Auch diese Fassung unterscheidet sich in ihrem Inhalt kaum von der der Legaldefinition. Ein Tätigsein als Organ des Staates oder eines abgeleiteten Trägers der Staatsgewalt für öffentliche Zwecke ist nichts anderes als die Ausübung eines öffentlichen Amtes. Nur versteht Wachinger unter „Berufung" offenbar einen besonderen, gegenüber dem der Amtsübertragung selbständigen Akt, wie sich aus dem Wortlaut seiner Definition ergibt. („Wer unmittelbar durch Gesetz oder durch einen . . . öffentlich rechtlichen Akt . . . berufen ist.") Gegen jeden Versuch, die „Berufung" oder „Bestellung" zu einem selbständigen, von dem des öffentlichen Amtes unabhängigen Unterbegriff zu machen, müssen die oben schon geltend gemachten Bedenken erhoben werden: es besteht die Gefahr, daß wiederum ein Zwiespalt zwischen den Begriffen „Amt" und „Amtsträger" eintritt. Auch Wachinger spricht aber nur im Zusammenhang mit den Amtsverbrechen von Amtsträgerbegriff. (Vergl. S. 306, 307.) Aus einer Bemerkung ergibt sich jedoch, daß Wachinger den Amtsträgerbegriff auch auf die übrigen Bestimmungen des StGB., insbesondere soweit sie gegen Amtsträger gerichtete Delikte unter Strafe stellen, angewendet wissen will. (Vergl. S. 307: wo er empfiehlt, die ausländischen Amtsträger mit dem Sitz im Inland den inländischen Amtsträgern gleichzustellen hinsichtlich der wider sie gerichteten strafbaren Handlungen.) Allerdings will Wachinger den Beamtenbegriff nicht völlig ausschalten, sondern empfiehlt dessen Beibehaltung für gewisse Tatbestände, z. B. die Geschenkannahme. Dieser Vorschlag, beide Begriffe nebeneinander zu verwenden, erscheint sehr beachtenswert. Leider führt Wachinger nicht näher aus, welche Delikte er als solche, deren Subjekte sich auf beamtete Amtsträger beschränken, im Auge hat. Wenn Wachinger allerdings auch die Geschenkannahme des § 123 des E. zu diesen Delikten rechnet, so muß dem durchaus widersprochen werden. Dem genannten Tatbestand liegt der Gedanke zugrunde, daß eine Amtshandlung nicht käuflich sein soll, und dieser Grundsatz muß sowohl für Amtshandlungen von Beamten wie für die von Amtsträgern gelten. Zuzugeben ist Wachinger, daß sich bei den besonderen Amtsdelikten teilweise ganz von selbst eine Beschränkung auf beamtete Amtsträger ergeben

wird. Dies hat seinen Grund darin, daß nach dem gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung eine ganze Anzahl öffentlicher Aemter eben nur von Beamten verwaltet werden. Es kann aber dies nicht als Grund dafür geltend gemacht werden, neben dem Amtsträger- auch den Beamtenbegriff weiter zu verwenden, denn die Gesetzgebung kann ja in Zukunft die bisher nur von Beamten verwalteten öffentlichen Aemter auch Amtsträgern übertragen. Wenn sich nach der augenblicklichen Rechtslage ganz von selbst eine Beschränkung des Täterkreises auf die beamteten Amtsträger ergibt, dann spricht dies zwar für die Elastizität und praktische Brauchbakeit des Amtsträgerbegriffes, aber es ist nicht einzusehen, warum diese augenblickliche Beschränkung nun auch für die Zukunft gesetzgeberisch dadurch festgelegt werden soll, daß in diese Tatbestände wiederum der Beamtenbegriff eingeführt wird. Wenn der E. einheitlich von Amtsträgern spricht, so wird er damit einerseits dem gegenwärtigen Stand der Gesetzgebung gerecht, denn die betr. Beamten sind als Verwalter öffentlicher Aemter auch Amtsträger, andererseits beugt er einer Festlegung des Kreises der tauglichen Täter, die sich bei einer weiteren Entwicklung der Gesetzgebung in der oben geschilderten Weise als zu eng erweisen könnte, vor.

Auch Birkmeyer (S. 345) und von Ullmann (S. 376) behandeln den Amtsträgerbegriff lediglich im Zusammenhang mit den Amtsdelikten, ebenso Wach (S. 20) und Mendelssohn-Bartholdy in der Vergleichenden Darstellung (S. 309, 310). Ausdrücklich für eine allgemein gültige Legaldefinition, wie sie der E. bringt, spricht sich Höpler (S. 233) aus; auch Preiser (S. 238) befürwortet an sich den Uebergang vom Beamten- zum Amtsträgerbegriff allgemein, geht dann aber einseitig nur darauf ein, wie sich diese Neuerung auf das Gebiet der Amtsdelikte auswirkt. Ebenso erklärt Kleinfeller nur im Zusammenhang mit den Amtsdelikten die Ausdehnung der Tatbestände dieser Delikte auf Amtsträger für gerechfertigt. Gerland (der Entwurf 1925 S. 25, 26) befürwortet zwar auch die Einführung des Amtsträgerbegriffes, bekämpft aber die im Entwurf (Entwurf von 1925) enthaltene Definition, und schlägt die Fassung vor: „Amtsträger ist, wer im Dienste des Reiches oder im unmittelbaren Dienst eines der Länder berufen ist, ein Amt auszuüben, ohne Unterschied, ob er einen Diensteid geleistet hat oder nicht". Zur Begründung führt er an, daß

durch diese Fassung jeder Zweifel darüber, daß es sich um einen d e u t s c h e n Amtsträger handeln müsse, ausgeschlossen werde, außerdem würde sich infolge der stärkeren Anlehnung an § 359 StGB. die bisherigen Ergebnisse der Judikatur in Zukunft einwandfreier verwerten lassen. Es ist richtig, daß bei der von Gerland vorgeschlagenen Fassung jeder Zweifel darüber, ob es sich bei einem öffentlichen Amt nur um ein deutsches oder auch um ein außerdeutsches Amt handeln könne, ausgeschlossen ist. Weitere Vorzüge scheint diese Fassung aber nicht zu bieten. Gerland selbst gibt schon zu, daß durch seine Definition die Abgrenzung des Amtsträgers vom Privatangestellten immer noch problematisch bleibe. Außerdem verwendet Gerland auch wieder, nur in etwas anderer Zusammensetzung, den Amtsbegriff als Grundlage seiner Amtsträgerdefinition, sodaß die von ihm betonte stärkere Anlehnung an den § 359 StGB. eigentlich nur eine solche in der äußeren Fassung des Wortlautes ist. Hierdurch wird auch der von ihm erstrebte Vorteil der besseren Verwertung der bisherigen Judikatur wieder illusorisch. Die Judikatur beschäftigt sich hauptsächlich mit der „Anstellung" und, im Zusammenhang damit, mit der öffentlich rechtlichen Natur der ausgeübten Funktionen. Da aber Gerland, wie auch der E., nicht mehr mit dem Anstellungsbegriff operiert, ist nicht recht ersichtlich, inwiefern sich auf Grund der Definition Gerlands die Ergebnisse der Judikatur besser verwerten lassen sollen, als auf Grund der Legaldefinition, denn unfraglich lassen sich auch bei Zugrundelegung der letzteren die Ergebnisse der Judikatur als Merkmale dafür, welche Tätigkeit als Ausübung öffentlich rechtlicher Funktionen anzusehen ist, verwerten.

Wie schon erwähnt, beschränkt sich eigenartigerweise die Literatur, auch soweit sie eine allgemeine Einführung des Amtsträgers- statt des Beamtenbegriffes befürwortet, fast nur mit der Wirkung, die die Einführung des Amtsträgerbegriffes auf das Gebiet der Amtsdelikte hat. Zu erklären ist diese einseitige Einstellung vielleicht dadurch, daß in der Materie der Amtsdelikte zuerst der Begriff des Beamten entstanden ist, — im ALR. nämlich — und er naturgemäß für dieses Gebiet eine ganz besonders wichtige Rolle spielt. Immerhin ist es zu bedauern, daß die ebenfalls sehr wichtige Frage, wie sich die Einführung des Amtsträgerbegriffes auf die Tatbestände, die Delikte gegen die Amtsträger zum Gegenstand haben, aus-

wirken wird, dabei durchaus in den Hintergrund tritt. Dabei kann nicht einmal zugegeben werden, daß in der Praxis kein Bedürfnis nach einer Ausdehnung des besonderen strafrechtlichen Schutzes, welchen der Staat seinen Dienern gewährt, auch auf die Amtsträger bestanden hätte. Im Gegenteil zeigt sich in den Nebenstrafgesetzen deutlich das Bestreben, die nicht beamteten Personen, deren sich der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient, auch in besonderem Maße bei der Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen zu schützen. So wird z. B. nach den oben erwähnten nahrungsmittelpolizeilichen Nebenstrafgesetzen bestraft, wer den dort genannten Beauftragten der Polizeibehörden das Betreten seiner Räume verweigert, diese Amtsträger also an Amtshandlungen hindert. In ähnlicher Weise wird der Widerstand gegen die Amtshandlungen von Beauftragten der Finanzämter sowie gegen die anstelle der beamteten Aerzte oder Tierärzte zugezogenen anderen Aerzte bestraft. Ein ähnlicher Tatbestand findet sich auch in der Verordnung über die Handelsbeschränkungen vom 28. 7. 1923, wie wir oben schon hervorhoben, ebenso in Art. 32 des Gesetzes betr. die polizeiliche Regelung der Fischerei in der Nordsee vom 30. 4. 1884 und der gleichzeitig mit diesem Gesetz in Kraft getretenen internationalen Vereinbarung, ferner in Art. 7 Abs. 4 des Gesetzes betr. die Ausführung des internationalen Vertrages vom 16. 11. 1887 zur 14. 2. 1893 Unterdrückung des Branntweinhandels unter den Nordseefischern auf hoher See vom 4. 3. 1894. Auch nach diesen Gesetzen sollten die Beauftragten der Fischereipolizei, also Amtsträger, bei Widerstand gegen ihre Amtshandlungen denselben Strafschutz genießen, wie die Amtshandlungen der Fischereipolizeiorgane selbst. Eine ähnliche Bestimmung enthält auch § 100 der Seemannsordnung, wonach ein Schiffsmann bestraft wird, der den wiederholten Befehlen des Kapitäns, eines Schiffsoffiziers oder eines anderen Vorgesetzten den schuldigen Gehorsam verweigert. Diese Strafvorschrift dient jedoch mehr praktischen Rücksichten: Auf hoher See ist der unbedingte Gehorsam des einzelnen gegenüber den Befehlen des Kapitäns unumgänglich notwendig. Die Tätigkeit des Kapitäns oder der Schiffsoffiziere kann jedoch nicht als die Ausübung eines öffentlichen Amtes angesehen werden, und der Widerstand hiergegen somit auch nicht auf eine Stufe mit den oben aufgeführten Widerstandsdelikten gestellt werden.

Die Entwickelung des Amtsträgerbegriffes auch in dieser Richtung hat demnach nicht die gebührende Beachtung gefunden, insbesondere ist in der Rechtslehre, soweit sie nicht ausdrücklich den Amtsträgerbegriff lediglich auf die Materie der Amtsdelikte angewendet wissen will, nirgends der Standpunkt vertreten, daß der Amtsträgerbegriff bei den g e g e n die Amtsträger begangenen Delikten anders zu fassen oder einzuschränken wäre.

3. Der Amtsträgerbegriff des E. und der Beamtenbegriff.

Aschrott S. 222; von Bar S. 25; Eckstein S. 487; Frank Anm. II zu § 334 StGB.; Gerland, der Entwurf 1925 S. 25; Hochheiser S. 6, 81, 82; Höpler S. 253; Kleinfeller S. 336; Köhler, Studium zum Vorentwurf S. 6; von Liszt-Schmidt S. 816; Preiser S. 238; Preuß S. 313—321; Schütze S. 523; Wunderlich in den Protokollen des 32. Ausschusses 45. Sitzung; Zorn I. Band S. 294

Die Untersuchung dreier Fragen bildet den Inhalt des folgenden Abschnitts:

1. Sind alle diejenigen Personen, die im Sinne des § 359 StGB. als Beamte anzusehen sind, auch Amtsträger im Sinne des E.? (Diese Frage wurde oben bereits teilweise behandelt, auf das grundsätzliche wurde jedoch noch nicht eingegangen.)
2. Ist mit der Einführung des Amtsträgerbegriffes etwas Neues geschaffen worden gegenüber dem Beamtenbegriff, und bedeutet die Einführung dieses Begriffes einen Fortschritt gegenüber den bisherigen Rechtszustand?
3. Kennt der E. überhaupt noch einen strafrechtlichen Beamtenbegriff, oder ersetzt der Amtsträgerbegriff den ersteren vollständig?

Auf eine Darstellung des Beamtenbegriffes, wie ihn das geltende Strafrecht auffaßt, glauben wir an dieser Stelle verzichten zu können. Bei der Beschreibung des Entwicklungsganges vom staatsrechtlichen zu einem strafrechtlichen Beamtenbegriff und von hier zum Amtsträgerbegriff haben wir bereits den Beamtenbegriff des Staatsrechts sowie den der Strafrechtslehre und -rechtsprechung eingehend erörtert. Auf den besonders wichtigen Unterbegriff der Anstellung wurde bei der Untersuchung der rechtlichen Natur der „Bestellung"

näher eingegangen. Wir glauben, insoweit auf unsere früheren Darlegungen verweisen zu dürfen.

Die Frage, ob der Kreis der Personen, die vom Beamtenbegriff des geltenden Strafrechts umfaßt werden, völlig enthalten ist in dem vom Amtsträgerbegriff umfaßten, hängt von der Vorfrage ab, ob alle Beamten ein öffentliches Amt ausüben. Diese Frage muß verneint werden. Zuvor ist allerdings festzustellen, daß alle von Beamten ausgeübten Aemter öffentliche Aemter sind. Dies ist jedoch nicht das Ausschlaggebende. Sowohl im Staatsrecht wie im Strafrecht nimmt die herrschende Lehre an, daß der Ausgangspunkt des Beamtenverhältnisses n i c h t die Innehabung eines Amtes ist, sondern die Begründung eines besonderen Anstellungsverhältnisses. Über die Natur dieses Anstellungsverhältnisses gehen die Meinungen im Staatsrecht und im Strafrecht allerdings weit auseinander, ebenso auch über die Form der Anstellung (Gegen die Lehre, daß als begriffswesentlich für die Beamteneigenschaft das Vorliegen einer Anstellung ist, wendet sich besonders Preuß (S. 313—321, Art. Beamte; ferner Eckstein S. 487 ff.; und Zorn I. Band S. 293, 294). Die Anstellung erfolgt nach der herrschenden Lehre zwar zum Zwecke der Uebertragung und Ausübung eines Amtes, jedoch wird die Beamteneigenschaft als solche nach der herrschenden Lehre schon mit der Begründung des Beamtenverhältnisses durch den Anstellungsakt erworben. Die Amtsübertragung ist ein hiervon unabhängiger selbständiger Staatshoheitsakt. Infolgedessen decken sich die Begriffe „öffentliches Amt" und „Beamter" nicht; es ist auch keiner dieser beiden Begriffe in allen Punkten weiter als der andere, sondern die Begriffe „schneiden sich". Es gibt daher nicht nur Personen, die ein Amt ausüben, ohne Beamte zu sein, sondern auch solche, die zwar in ein Staatsdienstverhältnis eingetreten sind, denen aber z. Zt. kein Amt übertragen ist, z. B. im Vorbereitungsdienst befindliche und zur Disposition gestellte Beamte. Diese Personen haben infolge der Begründung des Staatsdienstverhältnisses ohne Zweifel Beamtenqualität, ebenso zweifellos aber sind sie keine Amtsträger, weil sie kein öffentliches Amt ausüben, und dieses Erfordernis ja gerade ein essentiale des Amtsträgerbegriffes ist. Die erste Frage wäre also dahin zu beantworten, daß es in der Tat Personen gibt, die nach geltendem Recht Beamteneigenschaft besitzen, aber keine Amtsträger im Sinne des E. sind.

Die Begründungen sämtlicher Entwürfe betonen, daß der Amtsträgerbegriff eine ganz erhebliche Erweiterung des Kreises der tauglichen Subjekte von Amtsdelikten bedeutet gegenüber dem Beamtenbegriff des geltenden Rechts (vergl. Begründung zum Vorentwurf S. 21, Denkschrift zum Entwurf von 1919 S. 19 und 138, Begründung zum Entwurf von 1925 S. 11; vergl. auch Wunderlich in den Protokollen des 32. Ausschusses 45. Sitzung). Der Entwurf 1927 drückt sich schon etwas vorsichtiger aus, die Begründung (S. 11) erklärt nur, daß der Kreis der Personen, die als Amtsträger zu gelten hätten, noch über den Kreis derjenigen hinausginge, die im Sinne der Rechtsprechung des RG.; als Beamte im Sinne des Strafrechts anzusehen seien. Die Erweiterung ist in der Tat nicht allzubedeutungsvoll, da das RG.ja den Beamtenbegriff schon sehr weit ausgelegt hatte; sie dürfte sich in wesentlichen auf die oben aufgezählten in den Nebengesetzen enthaltenen Amtsträger erstrecken. Außerdem steht dieser Erweiterung an anderer Stelle wieder eine Einengung gegenüber, da es ja, wie schon gezeigt, Personen gibt, die nach geltendem Recht Beamteneigenschaft haben, die aber keine Amtsträger sind. Dieser Grund mag mit dazu beitragen, daß in der Literatur der Amtsträgerbegriff teilweise sehr skeptisch aufgenommen worden ist. Teilweise wird die ablehnende Haltung begründet mit der nach Ansicht der betr. Autoren unzulänglichen Fassung des § 9 Ziff. 4. So wendet sich Gerland, der im übrigen die Einführung des Amtsträgerbegriffes befürwortet, gegen die Fassung der Legaldefinition, die er für eine rein formale Definition erklärt, durch welche die bestehenden Schwierigkeiten nur scheinbar gelöst würden. Auch bleibe völlig die Frage offen, was ein Amt und was ein öffentliches Amt sei. Er schlägt seinerseits eine andere Fassung der Amtsträgerdefinition vor; diese wurde oben schon wiedergegeben. Kleinfeller (S. 336) erklärt, prinzipiell die Einführung des Amtsträgerbegriffes — ausdrücklich sagt er dies allerdings nur für das Gebiet der Amtsdelikte — für gerechtfertigt. Er hebt aber hervor, daß die Bezeichnung: öffentliches Amt noch zu Zweifeln Anlaß gebe. Auch Preiser (S. 238) „begrüßt es auf das Freudigste", daß den Beamten nunmehr die Amtsträger an die Seite gestellt werden. Er rügt nur, daß die Legaldefinition zu Zweifeln Anlaß geben könnte, ob man darunter nur die inländischen Amtsträger zu verstehen habe oder auch Per-

sonen, die nach außerdeutschem Recht Amtsträger seien, wenn auch nicht nach deutschem. Von Liszt-Schmidt (S. 816) begnügt sich mit der Bemerkung, daß durch die Einführung des Amtsträgerbegriffes an dem geltenden Recht nur wenig geändert werde. Am energischen greift Hochheiser (S. 6, 81 und 82) die Legaldefinition des E. an. Er wirft ihr vor, daß sie das entscheidende Problem nur anders benenne, aber nicht löse, und daß dieselben Schwierigkeiten, die sich einer Klärung des Beamtenbegriffes des geltenden Rechts entgegenstellen, auch durch den E. nicht beseitigt werden. Hauptsächlich liege dies daran, daß der Begriff des öffentlichen Amtes nicht weniger umstritten sei als der Begriff des Beamten.

Auf diese Vorwürfe muß näher eingegangen werden. Wenig klar ist zunächst von Liszt-Schmidts Bemerkung, daß das geltende Recht nur wenig geändert werde. Falls von Liszt-Schmidt die praktischen Folgerungen im Auge hat, die die Einführung des Amtsträgerbegriffes mit sich bringen wird, so kann seiner Feststellung nur beigepflichtet werden, wie hier auch schon hervorgehoben wurde. Inwieweit diese Feststellung aber den dogmatischen Ausgangspunkt der Legaldefinition im Auge hat, ist nicht klar genug hervorgehoben, denn die Bemerkung ist zu allgemeiner Natur. Unbedingt zuzustimmen ist der Kritik Preisers. Es ist in der Tat ein erheblicher Mangel, daß der E. nicht schon in seinem Wortlaut eindeutig darüber Aufschluß gibt, ob unter Amtsträgern nur inländische oder auch ausländische zu verstehen sind. Hierauf wird im Folgenden noch eingegangen werden. Nicht ganz unberechtigt ist ferner der von Gerland, Kleinfeller, Hochheiser und Köhler erhobene Vorwurf, daß die Bestimmung „öffentliches Amt" zu wenig eindeutig sei und zu Zweifeln Anlaß gebe. Immerhin läßt sich, wie wir oben gezeigt haben, aus der Begründung des E. mit ziemlicher Bestimmtheit entnehmen, welchen Begriff er mit dem Ausdruck „öffentliches Amt" verbindet. U. E. durfte es auch garnicht unbedingt erstrebenswert sein, den Begriff des öffentlichen Amtes mit absoluter Schärfe festzulegen. Es handelt sich im § 9 Ziff. 4 des E. nicht um einen einzelnen Tatbestand, sondern um eine allgemein gültige Legaldefinition. Von einem einzelnen Tatbestande ist allerdings zu verlangen, daß er so scharf und klar wie möglich gehalten wird, selbst wenn auf Kosten einer so scharfen Umgrenzung einzelne Handlungen, deren Strafbar-

keit an sich wünschenswert wäre, nciht mehr vom Tatbestand mitumfaßt werden. (Vergl. hierzu von Bar S. 25.) Eine Legaldefinition dagegen bringt schon an sich die Gefahr mit sich, daß sie eine Fessel für die Weiterentwicklung des Rechtes bildet. Diese Gefahr wird dadurch verringert, daß die Bestandteile der Legaldefinition nicht ein für alle Mal unabänderlich und starr feststehen, sondern der Auslegung fähig sind, sodaß sie auch einer weiteren Entwicklung des Rechts angepaßt werden können. Deshalb ist es u. E. durchaus genügend, daß sich aus dem Zusammenhang feststellen läßt, welchen Sinn der E. selbst mit dem Begriff verbindet. Es ist allerdings richtig, daß, wie Köhler (S. 6) bemerkt, dieser beabsichtigte Sinn im Text des E. selbst nicht zum Ausdruck gekommen ist. Immerhin läßt sich doch unter Zugrundelegung einiger im Text des E. gegebener Anhaltspunkte sowie aus der Begründung eine ganz bestimmte Auffassung des Begriffes des öffentlichen Amtes, wie sie im geltenden Recht vertreten ist, auch als die des E. feststellen; man wird deshalb einer so allgemein gefaßten Kritik des Unterbegriffes des öffentlichen Amtes, wie sie die oben genannten Autoren vorbringen, nicht unbedingt beistimmen können. Bemerkenswert erscheint dagegen ein anderes, spezielleres Moment, das wir bereits streiften: Nicht die mangelnde Klarheit, sondern die mangelnde praktische Brauchbarkeit ist die wunde Stelle des Unterbegriffes „öffentliches Amt". Wie schon bemerkt, sind die staatsrechtlichen Begriffsformulierungen zu einer Uebernahme in das Strafrecht nur sehr bedingt geeignet, andererseits ist aber gerade in der hier behandelten Materie des Strafrechts der Zusammenhang zwischen Straf- und Staatsrecht ein ganz besonders inniger, und es erscheint nicht möglich, auf diesem Gebiet ganz ohne Berücksichtigung staatsrechtlicher Unterbegriffe u. Grundsätze auszukommen, ähnlich wie das Strafrecht ja auch sonst auf Begriffe anderer Rechtsmaterien zurückgreift. Wenn aber der E. den Kernpunkt des ganzen Amtsträgerbegriffes, als den sich ja der Begriff des öffentlichen Amtes darstellt, einfach durch einen allgemeinen Hinweis auf das Staatsrecht zu regeln versucht, — und eine andere Regelung kann, wie dargestellt, n i c h t als im Sinne des E. liegen anerkannt werden, — so erweckt ein solche Regelung starke Bedenken. Die leicht voraussehbare Entwicklung des Amtsbegriffes wird die sein, daß in der Wissenschaft die über diesen

Begriff bereits bestehenden Kontroversen fortbestehen bleiben und — entsprechend der sehr gestiegenen Bedeutung des Begriffes mit noch größerer Heftigkeit durchgefochten werden. Die Praxis aber wird sich, unbekümmert um die in der Begründung zu Tage tretende Auffassung des E., umgehend wieder einer der beliebten Formulierungen mit dem Sinne der „Ausübung staatlicher Funktionen" zuzuwenden. So gesund und fortschrittlich an sich auch der in der Amtsträgerdefinition zu Tage tretende Grundsatz, daß die Amtsausübung das entscheidende Moment sein soll, ist, so ist doch nicht zu leugnen, daß dieser Grundsatz einer anderen — strafrechtlicheren — Formulierung bedarf, als der E. sie vorschlägt, weil sonst ernstlich zu befürchten ist, daß Rechtslehre und Rechtsprechung binnen kurzer Zeit ein ähnliches Bild der Zersplitterung der Ansichten bieten werden, wie es sich im geltenden Recht bei dem Beamtenbegriff zeigt. Die Praxis hat ja auch derartige im allgemeinen durchaus brauchbare Formulierungen geschaffen, und es ist schlechterdings garnicht einzusehen, warum der E., wenn er wie die Begründung (S. 11) hervorhebt, die Auffassung des RG. legalisieren wollte, sich nicht auch einer der vom RG. aus der Erbschaft des Obertribunals übernommenen und weiter gebrauchten Definition bedient hat. Gewiß weisen auch diese Definitionen im einzelnen noch mancherlei Angriffspunkte auf, jedoch sind sie in ihrer Art einheitlicher und in sich geschlossener als der Begriff des öffentlichen Amtes — da sie das Moment der Ausübung von Funktionen des Staates viel konzentrierter zum Ausdruck bringen als die Legaldefinition des E. — und bergen infolgedessen nicht derartig viele Keime zukünftiger Streitfragen in sich wie der Begriff des öffentlichen Amtes. Für eine Regelung in diesem Sinne spricht jedenfalls der Umstand, daß der E. auch sonst sehr ausgiebig die Tendenz zeigt, sich den Ergebnissen der reichsgerichtlichen Praxis anzuschließen. Höchstwahrscheinlich ist die Fassung der Legaldefinition auch nur deshalb gewährt worden, weil sie immerhin populärer klingt als die Definitionen, deren sich das RG. bisher bediente. Jedoch darf Einfachheit und Popularität der Sprache des Gesetzes nicht auf Kosten der Klarheit des Ausdruckes gehen. (Vergl. hierzu die sehr berechtigte Kritik Hofackers S. 7 ff.).

Hochheiser (S. 81) führt zur Begründung seiner Ansicht, daß das Problem nur unbenannt, aber nicht gelöst sei, an, daß

die Legaldefinition lediglich die bisher vom Preußischen Obertribunal und vom RG. vertretene Auffassung des Beamtenbegriffes unter dem neuen Namen des Amtsträgerbegriffes legislatorisch akzeptiert habe, der materiell dogmatische Inhalt der zukünftigen Regelung werde aber nach wie vor unklar bleiben. In dieser allgemeinen Form kann Hochheisers Kritik sicherlich nicht beigepflichtet werden. Richtig ist allein, daß das Moment der Amtsausübung im Sinne der Ausübnug staatlicher Funktionen nicht in der richtigen Form im Text der Legaldefinition zum Ausdruck kommt und das die zu diesem Zweck gewählte Einführung des Begriffes „öffentliches Amt" in die Legaldefinition wohl als ein Mißgriff anzusehen ist. Trotzdem ist aber die Tendenz des E., das Moment der Amtsausübung als entscheidend in den Vordergrung zu schieben, unverkennbar, trotz des ziemlich verschwommenen Unterbegriffes: öffentliches Amt. Eben in der legislatorischen Fixierung dieser Tendenz ist aber der Fortschritt zu erblicken. Diese Tendenz des E., den Amtsträgerbegriff auf eine ganz neue Grundlage zu stellen gegenüber dem bisherigen Beamtenbegriff, schenkt Hochheiser nicht die gebührende Beachtung. Im besonderen scheint er aber auch von der irrigen Voraussetzung auszugehen, daß der E. die Auffassung des RG. als solche lediglich akzeptiert und ihr nur die neue Bezeichnung: „Amtsträger" gegeben habe. Es ist möglich — und wohl auch wahrscheinlich — daß in der Tat eine solche Uebernahme des reichgerichtlichen Beamtenbegriffes in complexu von den Verfassern des E. beabsichtigt worden ist. Diese Absicht hat aber im Text des E. keinen Ausdruck gefunden. Richtig ist, daß die Endergebnisse der reichsgerichtlichen Auffassung zu einem großen Teil die gleichen sind wie die, welche die Anwendung des Amtsträgerbegriffes des E. ergeben. Aus dieser starken Annäherung der Ergebnisse kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß die Auffassung des RG. als solche einfach übernommen worden ist, und infolgedessen die sämtlichen bisherigen Streitfragen auch im neuen Begriff wieder auftauchen müssen. Zunächst muß vorausgeschickt werden, daß, wenn von: „Auffassung des RG." gesprochen wird, hierunter doch nur die Auffassung des RG. über diesen Begriff in ihrer Gesamtheit verstanden werden kann, nicht aber nur einzelne Punkte oder Ergebnisse dieser Auffassung. Das Essentiale des Amtsträgerbegriffes ist, trotz der Unklarheit

des Unterbegriffes dés öffentlichen Amtes, die Amtsausübung. Auch nach der reichsgerichtlichen Auffassung ist, wenigstens materiell, die Ausübung von Funktionen des Staates, also die Amtsausübung, entscheidend für die Beamteneigenschaft. Die Grundlage jedoch, was als öffentliches Amt anzusehen ist, ist nunmehr bei den beiden Auffassungen eine grundverschiedene. Der E. entnimmt, nach der hier festgestellten Auffassung, den Begriff des Amtes aus dem öffentlichen Recht, das RG. entnimmt ihn jedoch aus dem § 359 StGB. Daß diese Auffassung des Amtsbegriffes dem E. nicht zugrunde liegen k a n n, wurde oben eingehend auseinandergesetzt. Das RG. bewegt sich hier mit seiner Auffassung in einem Zirkel; es ist nicht darüber hinwegzukommen, daß nach seiner Auffassung der Amtsbegriff aus dem Beamtenbegriff entnommen werden soll. Daraus folgt, daß der Satz: ein öffentliches Amt ist ein durch das öffentliche Recht begrenzter Kreis staatlicher Geschäfte, den das RG. dem Sinne nach ja auch anerkennt, nur ein E n d g e b n i s der Auffassung des RG., die im übrigen auf dem § 359 StGB. beruht, ist, während derselbe Satz für den E. die G r u n d l a g e für seine Auffassung darstellt. Der Amtsträgerbegriff des E. beruht auf dem Begriff des öffentlichen Amtes, somit ist der Letztere das Primäre, der Amtsträgerbegriff das Sekundäre. Dagegen beruht der Amtsbegriff des RG. auf dem Beamtenbegriff des § 359 StGB., hier ist also der Beamtenbegriff das Primäre und der Amtsbegriff das Sekundäre. Man kann also nicht sagen, daß der E. den Beamtenbegriff, wie ihn das RG. auffaßt, nunmehr im neuen Gewande als Amtsträgerbegriff einführt, trotzdem die Endergebnisse der Anwendung beider Begriffe zum größten Teil dieselben sind, und trotzdem eines dieser Endergebnisse des Beamtenbegriffes des RG., nämlich der Amtsbegriff, die Grundlage für den neuen Amtsträgerbegriff bildet. Offenbar will aber Hochheiser auch garnicht sagen, daß der E. die Auffassung des RG. in ihrer Gesamtheit akzeptiert habe, sondern er meint vielleicht folgendes: Der Amtsträgerbegriff beruht auf dem Amtsbegriff; dieser Letztere hat aber materiell denselben Inhalt wie der Amtsbegriff des RG., und dieser Amtsbegriff des RG. hat zur Grundlage den Beamtenbegriff des § 359 StGB. Folglich beruhe auch der Amtsträgerbegriff auf dem Beamtenbegriff, wie ihn das RG. auffaßt. Eine solche Deduktion beweist keineswegs, daß der Amtsträgerbegriff denselben In-

halt hat, wie der bisherige Beamtenbegriff des RG., sondern nur, daß er an den letzteren anknüpft. Wenn aber endlich gemeint war, daß die Rechtsprechung des Obertribunals und des RG. den Beamtenbegriff materiell von seiner ursprünglich staatsrechtlichen Grundlage gelöst, und ihn auf eine neue Grundlage, nämlich die der Amtsausübung gestellt habe, und der E. nun nichts weiter tue, als daß er diese Entwicklung dadurch zum Abschluß bringt, daß er nun auch formell die Amtsausübung zur Grundlage des neuen Begriffes mache, so ist dies allerdings richtig und wir stimmen dem durchaus bei, sind aber der Ansicht, daß man in diesem Sinne nicht davon reden kann, daß der E. das Problem nur umbenannt habe. Der Ausgangspunkt des Begriffes ist vielmehr in ganz entscheidender Weise geändert worden.

Hieran ändert auch der Umstand nichts, daß die Rechtsprechung sowie der größte Teil der Rechtslehre sich schon im geltenden Recht über die durch den § 359 StGB. gezogenen Grenzen hinwegsetzen, und den Beamtenbegriff durch eine übermäßig weite Auslegung des Unterbegriffs der Anstellung materiell schon auf die Grundlage der Amtsausübung stellte. Gerade dieser Widerstreit zwischen der formellen Grundlage der Anstellung und der materiellen der Amtsausübung war das Hauptproblem des Beamtenbegriffes, hieran schließen sich weitere Streitfragen, z. B. die nach der rechtlichen Natur der Anstellung, nach der Natur der zu leistenden Dienste, sowie auch die, was als unmittelbarer und mittelbarer Staatsdienst anzusehen sei, und ob auch der mittelbare Reichsdienst mit inbegriffen in den § 359 StGB. sei. Auch die übermäßig weite Ausdehnung des Anstellungsbegriffes war nur durch dogmatisch sehr unbefriedigende — und deshalb auch von der Literatur stark angegriffene — Hilfskonstruktionen möglich. Alle diese vom Obertribunal, vom RG. und der beiden folgenden Lehre aufgestellten Konstruktionsversuche krankten daran, daß der Beamtenbegriff mit dem Unterbegriff der Anstellung „erblich belastet" war, und die Anstellung, de lege lata, nun einmal berücksichtigt werden mußte. Der Teil der Rechtslehre wiederum, der diese Konstruktion als undogmatisch ablehnte und das formelle Erfordernis der Anstellung auch als materielle Grundlage anerkannte, mußte wiederum die Bedürfnisse der Strafrechtspraxis unberücksichtigt lassen; gerade dieser Teil der Lehre hat ja aber besonders dringend

die Einführung des Amtsträgerbegriffes empfohlen. Alle die Probleme, die sich aus dem Widerstreit zwischen der formellen und der materiellen Grundlage ergeben haben, werden durch den E. nunmehr dadurch beseitigt, daß er die materielle gleichzeitig auch zur formellen Grundlage macht, wenn auch die Form, in der diese formale Gleichstellung zum Ausdruck gebracht werden soll, noch nicht als besonders günstig bezeichnet werden kann. Hier aber nur von Umbenennung des Problems zu sprechen, heißt den Fortschritt einer Entwicklung verkennen.

Natürlich bedarf der Amtsträgerbegriff noch in einigen Punkten der Klärung, darauf wiesen wir oben bereits hin. Immerhin ist aber eine dogmatische Grundlage gewonnen, auf der sich weiter bauen läßt, im Gegensatz zum Beamtenbegriff des geltenden Rechts, der die Grenzen seiner Entwicklungsmöglichkeiten eigentlich schon überschritten hatte. Es spielt dabei gar keine Rolle, daß die Erweiterung, die der Begriff mit sich bringt, gegenüber dem geltenden Recht vorläufig nur unbedeutend ist. Die Hauptsache ist, daß der Begriff jetzt eine Basis erhält, die der modernen strafrechtlichen Auffassung vom Wesen des Staatsdienertums entspricht. Hierdurch ist die Möglichkeit einer Fortentwicklung auf der Grundlage des geschriebenen Gesetzes, ohne daß zu dogmatisch unbefriedigenden Hilfskonstruktionen gegriffen werden müßte, gegeben. Diese Möglichkeit ist um so höher zu bewerten, als sich im Staatsleben die Tendenz zeigt, mehr und mehr Personen, die nicht fest angestellte Beamte sind, zur Verwaltung staatlicher Aufgaben heranzuziehen, wie es ja auch die Begründungen betonen. Die im Amtsträgerbegriff liegenden Ausdehnungsmöglichkeiten werden erst der zukünftigen Rechtsentwicklung in vollem Maße zu Gute kommen.

Ein weiterer Fortschritt besteht in der — man kann wohl sagen: W i e d e r herstellung der Einheit zwischen Amt und Amtsträger; eine solche Einheit entspricht nicht nur durchaus dem natürlichen Empfinden, die ältere Literatur nahm sie auch als feststehend an (von Roenne-Zorn, I. Band, S. 421; Schütze, S. 523; auch Zorn sagt, 1. Band, S. 294: „Begrifflich setzt der Beamte das Amt voraus"). Auch in der neueren Literatur ist diese Ansicht vertreten. (Vergl. Eckstein und Preuß.) Die bei weitem herrschende Lehre steht jedoch, wie schon dargestellt, auf einem ganz anderen

Standpunkt. Nicht ganz mit Unrecht kritisiert Preuß (S. 314 Art. Beamte) — allerdings für das Gebiet des Staatsrechts — die herrschende Lehre, die ein Auseinanderfallen von Amt und Beamten für möglich hält, als theoretische Konstruktion, die mit der wirklichen Natur des Beamtentums nicht in Einklang stehe. Auch der Name des neuen Begriffes: „Amtsträger" ist in der Literatur nicht unangegriffen geblieben. Aschrott (S. 222) erklärt sich für Beibehaltung des Ausdrucks „Beamter", wie ihn die früheren Entwürfe bis zum Entwurf von 1925 noch verwendeten und tadelt den Ausdruck Amtsträger als unschön. Schon in der Einleitung hoben wir hervor, daß sprachlich keinerlei Unterschied zwischen den beiden Ausdrücken besteht. Man hat sich aber, wie ebenfalls schon erwähnt, in der neueren Literatur daran gewöhnt, mit „Amtsträger" diejenigen Personen zu bezeichnen, die ein Amt ausüben, ohne in einem festen Beamtenverhältnis zu stehen. In diesem Sinne ist der Ausdruck ein terminus technicus geworden. Da auch der E. gerade den Kreis dieser nicht beamteten Personen durch seine Legaldefinition festlegen will, ist u. E. nichts dagegen einzuwenden, wenn er auch den terminus technicus dafür mitübernimmt. Ein weiterer Grund, nicht juristischer, sondern allgemeiner Art, scheint aber direkt für die Einführung des Ausdrucks „Amtsträger" zu sprechen: Das Publikum, d. h. Nicht-Juristen, verstehen im allgemeinen unter „Beamten" einen Beamten im staatsrechtlichen Sinne, mit fester Anstellung, Gehalt, Pension usw. (ohne daß hiermit gesagt sein soll, daß Gehalt und Pension wesentliche Begriffsmerkmale des staatsrechtlichen Beamtenbegriffes seien.) Nach dieser Auffassung muß eine solche mit besonderen Rechten ausgestattete Person auch besondere Pflichten haben, und sich von Verfehlungen in besonderem Maße freihalten. Eben wegen dieser Auffassung wirkt es verwirrend auf einen Laien, wenn er erfährt, daß auch jemand, der weder fest angestellt ist, noch Gehalt oder Pension empfängt, also die besonderen Vorrechte eines Beamten nicht genießt, doch als Beamter im strafrechtlichen Sinne gelten soll, wenn er „staatliche Funktionen" — worunter sich ein Laie in den meisten Fällen überhaupt nichts vorstellen kann — ausübt, wenn er z. B. nur für einen Tag als Postaushelfer angestellt ist. Daß ein solcher Mann, der vielleicht sonst in

einer Fabrik oder in einem Kontor arbeitet, nur deswegen, weil er gelegentlich bei der Post arbeitet, „Beamter" sein soll, und die strafrechtliche Verantwortung eines Beamten tragen soll, sieht der Laie nicht so leicht ein. Sehr bezeichnend ist eine Aeußerung, die im 31. Strafrechtsausschuß bei der Beratung über den Amtsträgerbegriff fiel. Ein Mitglied des Ausschusses (Torgeler in der 45. Sitzung) erklärte: Er fürchte, daß die Einführung des Begriffes „Amtsträger" anstelle des bisherigen Beamtenbegriffes sich zum Nachteil der kleinen Leute, z. B. der Postaushelfer, auswirken werde, in dem diesem die Pflichten eines Beamten aufgeladen werden, ohne daß man ihnen dieselben Rechte gebe. Dies Beispiel zeigt deutlich, daß Laien unter einem Beamten nur einen solchen in staatsrechtlichem Sinne verstehen, der zwar besondere Rechte, dafür aber auch besondere Pflichten hat. Es ist deshalb besser, wenn der irreführende Ausdruck „Beamter" im Strafrecht vermieden wird. Dieser ursprünglich ja aus dem Staatsrecht stammende Ausdruck kann nun — im Verhältnis zwischen Staatsrecht und Strafrecht — auch wieder dem Staatsrecht überlassen bleiben. Hiermit wird dem Strafrecht sowohl wie dem Staatsrecht am besten gedient sein. Die staatsrechtliche Praxis hat nämlich auch in der Rechtsprechung bis jetzt daran festgehalten, daß der Beamtenbegriff im staatsrechtlichen Sinne aufzufassen, also von der Begründung eines Staatsdienstverhältnisses durch einen formalen Anstellungsakt abhängig sei. (Vergl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts: 74. Band, S. 269; ferner Urteil des OVG. vom 14. Ferbuar 1930, DU. 33/28; abgedruckt in: „Zeitschrift für Selbstverwaltung", Nr. 15, vom 1. August 1930, S. 354.) Der Gegensatz in der Auffassung dieser beiden höchsten Gerichtshöfe bot kein besonders erfreuliches Bild. Dem wird nun dadurch abgeholfen, daß das Strafrecht den Beamtenbegriff völlig aufgibt. (Neuerdings hat sich allerdings auch das RG. in seiner zivilrechtlichen Rechtsprechung auf den Standpunkt gestellt, daß die Beamteneigenschaft aus der Ausübung hoheitsrechtlicher Funktionen auch ohne formale Anstellung zu folgern sei; damit hat es sich also wiederum in Gegensatz zur Auffassung des Oberverwaltungsgerichts gestellt.)

Nicht absolut zweifelsfrei kann nach dem Wortlaut des E. erscheinen, ob der Amtsträgerbegriff den Beamtenbegriff

des geltenden Rechts völlig ersetzen soll oder ob er auch noch den letzteren Begriff neben dem Amtsträgerbegriff weiter verwenden will. Dieser Zweifel ergibt sich daraus, daß der E. nicht einheitlich den Ausdruck „Amtsträger" verwendet, sondern in mehreren Paragraphen auch noch den: „Beamter"; ferner spricht der E. von „Richtern"; unter diesen sind nach dem geltenden StGB., vergl. § 334 StGB. nur beamtete Richter zu verstehen. (Vergl. Frank, Anm. II zu § 334 StGB.) Den Ausdruck „Beamter" wendet der E. an in den §§ 139: ein Polizeibeamter, der . . . . sich seiner Dienstpflicht entzieht; § 153: wer einen Polizeibeamten . . . . zu verleiten versucht, seine Dienstpflichten zu verletzen; § 154 Abs. I: Gefangene, die mit vereinten Kräften einen Anstaltsbeamten . . . . nötigen; § 154 Abs. 2: Gefangene, die mit vereinten Kräften einen Anstaltsbeamten tätlich angreifen; § 394: Wer . . . . über die Polizeistunde hinaus verweilt, obwohl . . . . ein Polizeibeamter ihn aufgefordert, das Lokal zu verlassen. Von Richtern spricht der E. in den §§ 125 und 126: Passive und aktive Bestechung. Endlich spricht der E. auch noch von „Anstellung" und dadurch bewirkter Uebertragung eines Amtes im § 146. Aus dieser Ausdrucksweise des E. ergibt sich die Frage, ob der bisherige Beamtenbegriff in den Fällen, wo der E. von „Beamten" spricht, beibehalten werden soll, oder ob bei diesen Stellen nur eine laxe Ausdrucksweise vorliegt, und auch hier eigentlich Amtsträger gemeint sind. Der Text des E. selbst, sowie die Begründung, erwähnt nirgends einen Unterschied zwischen den beiden Ausdrücken. Die Ansicht, daß der E. den Beamten- und den Amtsträgerbegriff nebeneinander verwenden will, scheint Hochheiser (S. 82) zu vertreten. Daß der E. an den Stellen, wo er von Richtern spricht, nicht beamtete Richter, sondern richterliche Amtsträger meint, ergibt sich aus § 9 Ziff. 5 des E., wonach Richter jeder ist, der bestellt ist, ein öffentliches Richteramt auszuüben. Der Ausdruck „Richter" in den §§ 125 und 126 des E. bedeutet also nur einen qualifizierten Fall des Amtsträgers. Von den weiteren Paragraphen, die noch von „Beamten" sprechen, können die §§ 139 und 153 hier unberücksicht bleiben. Beide Paragraphen wurden in den Beratungen des Strafrechtsausschusses gestrichen. (21. Ausschuß, 29. Sitzung, 31. und 32. Sitzung). Es

bleiben also nur die §§ 154 und 394 übrig, in denen noch der Ausdruck „Beamter" verwendet wird.

Irgendwelche Gründe dafür, daß in diesen Paragraphen nur Personen, die in einem festen Anstellungsverhältnis stehen, in Frage kämen, sind nicht ersichtlich. § 154 benennt außerdem neben den Anstaltsbeamten auch noch die mit der Beaufsichtigung von Gefangenen beauftragten Personen, also die nichtbeamteten Amtsträger. Offenbar sollte hierdurch ausgedrückt werden, daß die Meuterei nur strafbar sei, wenn die Gefangenen entweder einen beamteten Amtsträger der Anstalt überhaupt, einerlei, ob er gerade mit ihrer Beaufsichtigung zu tun hatte oder nicht, oder aber eine nichtbeamtete Person, die aber speziell mit der Beaufsichtigung der meuternden Gefangenen beauftragt ist, angreifen. Der Ausdruck „Amtsträger" würde diese beiden Fälle mitumfassen, denn auch die im speziellen Falle mit der Beaufsichtigung von Gefangenen beauftragten Personen sind als Amtsträger anzusehen. (Ein Fall wäre allerdings denkbar, bei dem sich doch ein Unterschied ergäbe: wenn Gefangene z. B. einen im Vorbereitungsdienst befindlichen Gefängnisbeamten, der nicht mit ihrer Beaufsichtigung beauftragt ist, und dem auch sonst in der Anstalt kein Amt übertragen ist, angreifen, so würden sie allerdings, falls der § 154 den Ausdruck Amtsträger verwendete, nicht unter den Tatbestand dieses Paragraphen fallen. Es darf aber wohl bezweifelt werden, daß diese Erwägung bei der Verwendung des Ausdrucks „Beamter" maßgebend gewesen ist.)

Im § 394 ist es ganz unverständlich, ja sogar durchaus gegen die Tendenz des E., daß die Amtsausübung das allein Entscheidende sein soll, warum nicht auch ein nichtbeamteter Amtsträger der Polizei, z. B. der oben erwähnte noch nicht bestätigte Nachtwächter, den Gast in einer Schankwirtschaft wirksam auffordern kann, das Lokal zu verlassen. Bei dem — nunmehr gestrichenen — § 139 hätte man evtl. von einem Grunde dafür, daß nur Beamte als Täter des Deliktes sollte in Frage kommen können, sprechen können, denn dieser Paragraph enthielt keine Amtspflichts-, sondern eine typische Dienstpflichtsverletzung, und ist ein gutes Beispiel für den Fall eines kriminalisierten Disziplinarvergehens, setzt demnach das Bestehen eines Staatsdienstverhältnisses voraus. Gerade deshalb aber (vergl. Protokolle der genannten Sit-

zungen) hielt es der Strafrechtsausschuß für richtiger, diesen Paragraphen aus dem E. auszumerzen. Der Ausschuß kam in seiner Mehrheit zu der Ueberzeugung, daß die Disziplinarmaßregeln genügten, um eine solche Verletzung der Dienstpflicht zu bestrafen.

Eigenartig ist ferner, daß der E. einzig und allein an diesen Stellen von „Beamten" spricht, in andern Fällen dagegen, wo es sich ebenfalls um Amtsträger der Polizei handelt, z. B. im § 149, der praktisch hauptsächlich gegen Amtsträger der Polizei begangen wird, ganz richtig auch von Amtsträgern spricht. In der Begründung sowie in den Protokollen der Strafrechtsausschüsse ist nirgends etwas darüber gesagt, daß in diesem Paragraphen ein Unterschied gegenüber den beamteten Amtsträgern bestehen soll. Im Gegenteil sagt z. B. die Begründung zum Vorentwurf (S. 22) daß der Vorentwurf die Ausdehnung auf nicht im eigentlichen Sinne beamtete Amtsträger eines öffentlichen Amtes einheitlich durchführe.

Aus allen diesen Gründen ist mit größter Wahrscheinlichkeit zu entnehmen, daß es sich in diesem Paragraphen lediglich um Redaktionsversehen handelt, und auch hier statt des Ausdruckes „Beamter" — „Amtsträger" gemeint ist. Ein ähnliches Redaktionsversehen befand sich im Entwurf von 1925 im § 290: Antragsberechtigung des Vorgesetzten bei Beleidigungen einer Behörde, eines Beamten oder eines Angestellten. Höpler (S. 253) wies darauf hin, daß der E. die Auswechslung des Ausdrucks „Beamter" in „Amtsträger" in diesem Paragraphen offenbar infolge eines Versehens unterlassen habe, denn folgerichtig müsse es auch hier „Amtsträger" heißen. Auch Aschrott (S. 222 Anm. 1) wies darauf hin, daß es sich an dieser Stelle wohl um einen Flüchtigkeitsfehler handeln müsse. In der entsprechenden Vorschrift des Entwurfs von 1927, im § 322 taucht dieser Flüchtigkeitsfehler auch nicht wieder auf, sondern es ist nunmehr auch hier der Ausdruck „Beamter" durch „Amtsträger" ersetzt. Offenbar fehlte es bisher nur an einem Hinweis auf dieses Redaktionsversehen in diesen beiden Vorschriften. Abschließend wäre somit festzustellen, daß der E., den Beamtenbegriff des geltenden Strafrechts nicht mehr kennt.

Inwieweit dieser Begriff in den Nebenstrafgesetzen noch

eine Rolle spielt, kann nur von Fall zu Fall beurteilt werden, denn ein allgemeiner Ersatz des Beamten- durch den Amtsträgerbegriff auch in den Nebenstrafgesetzen ist im Einführungsgesetz zum E. nicht vorgesehen. Formell gilt die Legaldefinition des E. also nicht für die Nebenstrafgesetze, die noch mit dem Beamtenbegriff operieren. Eine andere Frage ist die, inwieweit die Tatestände der Nebenstrafgesetze materiell bereits die Begriffsmerkmale des Amtsträgerbegriffes enthalten. Stellen sie für in ihren Tatbeständen enthaltenen Personen oder Personengruppen gewisse Erfordernisse auf, und decken sich diese Erfordernisse mit den in der Legaldefinition enthaltenen, so wird man die Legaldefinition in diesen Fällen anwenden können, auch wenn die betr. Gesetze die Personen anders, etwa als Beamte bezeichnen, ferner auch dann, wenn die betr. Erfordernisse nicht ausdrücklich aufgestellt sind, sich aber aus dem Zusammenhang ergeben. Eine solche materielle Anwendung des § 9 Ziff. 4 des E. rechtfertigt sich aus den Artikeln 7 und 8 des Entwurfes eines Einführungsgesetzes zum E. (Ferner Begründung zum Einführungsgesetz S. 2), wonach auch die allgemeinen Prinzipien der allgemeinen Teile des E. auf die Nebenstrafgesetze Anwendung finden sollen. Einige Beispiele für solche Nebenstrafgesetze, auf welche die Legaldefinition des § 9 Ziff 4 des E. anwendbar ist, sind in den oben aufgeführten Nebengesetzen enthalten. Endlich ergibt sich aus dem schon oben erwähnten § 146 des E. die Frage, ob er, wenn auch nicht formell, so doch materiell einen strafrechtlichen Beamtenbegriff gagurch anerkennt, daß er in dieser Vorschrift von einer „Anstellung" und dadurch bewirkter Uebertragung eines öffentlichen Amtes spricht. Die systematische Stellung dieser Vorschrift ist recht ungünstig, denn sie hat keinerlei innere Berührungspunkte mit den Amtsdelikten. Die Begründung, (S. 82) bemerkt, daß sie — ebenso wie § 147 des E. — zur Reinhaltung des Beamtenkörpers diene, und zur Bestrafung unwürdiger Elemente, die sich auf unlautere Weise in den Beamtenstand eingeschlichen haben. Aus dieser Stelle der Begründung wird klar, warum nicht jede Erschleichung der Uebertragung eines Amtes strafbar ist, sondern nur eine solche, der eine „Anstellung" vorausgeht. Es handelt sich hier um die Reinhaltung des Beamten s t a n d e s, also der

festangestellten Beamten, nicht der Amtsträger. Die Vorschrift schützt das Interesse des Staates darin, daß sich unter denen, die sich dem Staat mit ihrer ganzen Person widmen und den Staatsdienst zum Lebensberuf gewählt haben, nur solche Personen befinden, die die vom Staat selbst geforderten Vorbedingungen zum Eintritt in den Staatsdienst erfüllen. In diesem Sinne ist unter „Anstellung" in diesem Tatbestand konsequenterweise auch nur eine Anstellung im staatsrechtlichen Sinne, d. h. die rechtsgeschäftliche Begründung eines Staatsdienstverhältnisses durch formalen Anstellungsakt zu verstehen, denn der Beamtenstand wird gebildet aus den festangestellten Berufsbeamten. Wenn z. B. jemand, der zu Zuchthausstrafe verurteilt worden ist, und somit nach § 46 des E. die Fähigkeit verloren hat, öffentliche Aemter zu bekleiden, und diese Fähigkeit auch nicht wieder gewonnen hat, trotzdem durch Täuschung der zuständigen Behörde erreicht, daß ihm das Amt eines Schöffen oder Geschworenen übertragen wird, so kann er nicht wegen Amtserschleichung nach § 146 des E. bestraft werden, denn der Bestellung zu letzteren Aemtern geht keine Anstellung im staatsrechtlichen Sinne voraus. Daraus, daß der E. mit einem solchen staatsrechtlichen Begriff innerhalb eines Tatbestandes operiert, kann nur der Rückschluß gezogen werden, daß der E. -- wie es ja auch selbstverständlich ist, — den staatsrechtlichen Beamtenbegriff unberührt läßt, und dort, wo Staatsrecht und Strafrecht ineinander greifen, sich des staatsrechtlichen Begriffes oder eines seiner Unterbegriffe bedient. Es ist selbstverständlich, und brauchte nicht hervorgehoben zu werden, daß der E. durch die Einführung des Amtsträgerbegriffes den staatsrechtlichen Beamtenbegriff in keiner Weise berührt, sondern denselben völlig anerkennt, denn das Strafrecht ist ja nicht etwas völlig in sich selbst Beruhendes, sondern hat Beziehungen zu anderen Rechtsmaterien und stützt sich auf diese Rechtsmaterien; es bedient sich auch an andern Stellen der Begriffe solcher anderen Materien, z. B. der des Zivilrechts wenn es von „Sache" „Dienst" oder „Arbeitsverhältnis", „Ehe" und ähnlichem spricht. Es handelt sich also in der besagten Vorschrift des § 146 des E. lediglich um den im staatsrechtlichen Beamtenbegriff enthaltenen staatsrechtlichen Unterbegriff der An-

stellung; aus der Verwendung dieses staatsrechtlichen Begriffes kann natürlich nicht darauf geschlossen werden, daß der E. in materieller Hinsicht den Beamtenbegriff des StGB. weiter verwendet.

Zusammenfassende Schlußbetrachtung.

Mit den Vorschlägen einzelner Schriftsteller, den Amtsbegriff nur auf eine bestimmte Materie zu beschränken und im übrigen Amtsträger- und Beamtenbegriff nebeneinander zu verwenden, haben wir uns oben bereits auseinandergesetzt. Eine solche teilweise Einführung kann nicht empfohlen werden, weil die Gesetzgebung bereits in den Nebengesetzen in verschiedenen Strafrechtsmaterien mit dem Amtsträgerbegriff operiert. Einer Verwendung des Beamtenbegriffes wenigstens in den Fällen, in denen auch nach der durch den E. geschaffene Rechtslage praktisch vorläufig nur beamtete Amtsträger in Frage kommen, steht das Bedenken gegenüber, daß bei einer Aenderung der Gesetzgebung der Täterkreis der betr. Tatbestände nicht den veränderten Verhältnissen angepaßt werden kann. Außerdem würde die Einheitlichkeit der ganzen Redaktion in unschöner Weise gestört. Wir sind vielmehr der Ansicht, daß eine generelle Einführung des Amtsträgerbegriffes, wie sie der E. vorsieht, empfehlenswert ist. Die Gründe dafür ergaben sich schon im Verlaufe dieser Abhandlung. Durch den staatsrechtlichen Unterbegriff der Anstellung wurde die Entwicklung des strafrechtlichen Beamtenbegriffes behindert. Es ist zu begrüßen, daß dieses Hindernis nunmehr entfernt ist. Hier durch ist erst der Begriff auf eine den Erfordernissen des modernen Strafrechts angepaßte Grundlage gestellt worden, und gleichzeitig diese Grundlage so elastisch ausgestaltet worden, daß sie auch einer Fortentwicklung des Begriffes angepaßt werden kann. Der Amtsträgerbegriff stellt ferner die Einheit zwischen Amt und Amtsträger, die ja an sich das Gegebene und das Natürliche ist, wieder her.

Bei der Durchsicht der einzelnen Tatbestände finden sich noch gewisse Mängel. Diese waren teilweise schon gestreift worden; es soll jetzt als Abschluß zusammenfassend näher auf dieselben eingegangen werden. Den Aenderungsvorschlägen dieser Einzelheiten wollen wir eine Aenderung

grundsätzlicher Art voranstellen. Es wurde bereits hervorgehoben, daß die Verwendung des Unterbegriffes des öffentlichen Amtes in dem Sinne, wie ihn der E. verwendet, nicht empfohlen werden kann. Vielmehr ist hier eine Formulierung zu wählen, die das Moment der Ausübung staatlicher Geschäfte als Organ der inländischen Staatsgewalt schärfer zum Ausdruck bringt. Die Rechtsprechung wird, aller Voraussicht nach, den Begriff des öffentlichen Amtes in derartigem Sinne auslegen: Eine solche Auslegung entspricht auch dem Gang der bisherigen Entwicklung; die Kontroversen, die im bisherigen Recht über den Begriff des öffentlichen Amtes bestehen, werden nicht in den Amtsträgerbegriff hineingetragen. Als praktisch nicht zu unterschätzender Vorteil ist es endlich anzusehen, daß bei einer derartigen Formulierung die Ergebnisse der Judikatur fast unmittelbar angewendet werden können, während sie auf Grund der Legaldefinition nur indirekt, als Anzeichen für das Vorliegen eines öffentlichen Amtes, verwertet werden können. Endlich dürfte es wohl auch möglich sein, einer solchen Formulierung eine ebenso — oder fast ebenso — populäre Fassung zu geben wie die Legaldefinition. Wenn aber eine solche Fassung auch einige Worte mehr enthält, so wäre dieser Verlust an Kürze des Ausdrucks nicht zu teuer erkauft durch die größere Klarheit des Inhaltes des definierten Begriffes. Eine solche Formulierung wäre z. B. Amtsträger ist jeder, der bestellt ist, als Organ der inländischen Staatsgewalt Geschäfte des Staates zu besorgen.

Es wird nicht verkannt, daß auch eine solche Formulierung noch Schwächen besitzt. Insbesondere wird die schwierige Frage, was als öffentliches Amt und was als privatrechtliche Dienstleistungen anzusehen sind, auch so noch nicht allgemein gelöst, sondern muß auch weiterhin von Fall zu Fall entschieden werden. Diese Schwierigkeit besteht aber im gleichen Maße bei der Legaldefinition des E.

Abgesehen von dieser einzelnen allgemeineren Aenderung wären noch folgende Aenderungen in Einzelheiten zu empfehlen: Im § 6 Ziff. 2 spricht der E. nur vom „Amt". Es war bereits gezeigt worden, daß es sich hier nur um ein ö f f e n t l i c h e s Amt handeln kann. Es empfiehlt sich trotzdem, der Klarheit wegen, hier noch „öffentliches" hinzuzusetzen.

Im § 9 Ziffer 4 ist es — abgesehen von der oben vorgeschlagenen grundsätzlichen Aenderung — durchaus wünschenswert, festzustellen, daß es sich hier um ein deutsches öffentliches Amt handelt. Ueber die prinzipielle Frage der Gewährung inländischen Strafschutzes für im Inland betätigte ausländische Amtsgewalt vergl. besonders Nagler, Festschrift, S. 10 ff. Eine andere Regelung schlägt Goldschmidt (S. 43, 44) vor: unter „Beamten", sei eine Person zu verstehen, die zur Ausübung eines in- oder ausländischen öffentlichen Amtes im Inland berufen ist. Hierdurch sollen Schutz und Verantwortlichkeit inländischer Amtsträger ausgedehnt werden auf im Inland amtlich fungierende ausländische Zoll-, Eisenbahn- und Polizeibeamte. Die von uns vorgeschlagene Regelung befürwortet Preiser (S. 239) und Kohler (S. 245).

Im § 141 ergibt sich aus der Ueberschrift: Untreue Amtsführung im auswärtigen Dienst, daß als Subjekte dieses Amtsdeliktes nur Amtsträger gedacht sind. Dies muß im Text noch hervorgehoben werden, denn der Absatz 2 dieses Paragraphen bringt dies nicht deutlich genug zum Ausdruck.

Im § 142 ist der Abs. 2 überflüssig, und deshalb zu streichen. Die in diesem Absatz genannten Personen sind ihrer Natur nach schon Amtsträger, und hätten also der ausdrücklichen Hervorhebung garnicht bedurft. Entsprechend ist auch im Abs. 1 Ziff. 2 und 3 die Bezeichnung: „öffentlich" überflüssig. Ganz richtig hatten auch der Vorentwurf (§ 207) der Gegenentwurf (§ 167, der Entwurf von 1913 (§ 173) und der Entwurf von 1919 (§ 180) eine solche Gleichstellung, wie sie der § 355 des geltenden StGB. enthält, in dem Tatbestand der Verletzung des Post-, Telegrafen- und Fernsprechgeheimnisses nicht mit aufgenommen. Die Begründung zum Vorentwurf bemerkt dazu (auf S. 633), daß infolge der Regelung im § 12 Nr. 3 (Beamtendefinition des Vorentwurfs) an die Stelle der Fassung des § 355 StGB.: „Andere mit der Beaufsichtigung usw. betrauten Personen" lediglich die Bezeichnung: „Ein Telegrafenbeamter" zu treten habe. Infolge dieser Erläuterung des Beamtenbegriffes erweise sich die Anführung des Wortes „öffentlich" vor Telegrafenanstalt ebenfalls als entbehrlich. Aehnlich sagt die Denkschrift zum Entwurf von 1919, daß die im geltenden Recht besonders ausgesprochene Ausdehnung auf „andere

mit der Beaufsichtigung und Bedienung usw. betrauten Personen" im Hinblick auf den veränderten Beamtenbegriff des E. als entbehrlich gestrichen sei. Der Entwurf von 1925 bringt die Gleichstellung dieser Personen wieder im § 135 Abs. 2. In der Begründung (S. 75) ist dazu gesagt, daß die neue Entwicklung des Funkverkehrs es mit sich gebracht habe, daß es öffentlichen Zwecken dienende Telegrafen- oder Fernsprechanlagen gäbe, die nicht staatlich sind, deren sich die Reichspost aber bei der Uebermittlung von Telegrammen und Gesprächen bediene. Die in solchen Anstalten beschäftigten Personen seien keine Amtsträger, da sie lediglich in Privatanstalten als Privatpersonen beschäftigt werden. Die Sicherheit des Telegrafen- und Fernsprechverkehrs mache es aber erforderlich, daß sie das Telegrafen- und Fernsprechgeheimnis ebenso gewissenhaft beobachten wie die in staatlichen Anstalten beschäftigten Amtsträger. Das gleiche sagt die Begründung zum Entwurf 1927 (S. 80 zu § 142). Dem kann nicht beigetreten werden. Wenn die Reichspost zur Erfüllung ihrer Aufgaben Telegramme und Ferngespräche von Angestellten privater Telegrafen- und Fernsprechanstalten besorgen läßt, so kann dies nicht anders beurteilt werden, wie in andern Fällen, wo der Staat, oder einer Anstalt des Staates, Privatpersonen staatliche Funktionen zur Besorgung überträgt. Es besteht kein Zweifel, daß insoweit auch die Angestellten solcher privaten Telegrafenanstalten Amtsträgerqualität erwerben, soweit sie mit der Uebermittlung von Gesprächen oder Telegrammen der Reichspost beauftragt sind.

Im § 147 ist hinzuzusetzen: „öffentliches" Amt. Daß es sich in der Tat hier um ein öffentliches Amt handelt, zeigten wir bereits.

Ueberflüssig ist § 150: Personen, die zur Unterstützung einer Amtshandlung zugezogen werden, oder die zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit von der zuständigen Behörde herangezogen werden, sind als solche schon Amtsträger, denn es sind ihnen Funktionen des Staates zur Besorgung übertragen.

Daß es sich im § 144 offenbar nur um ein Redaktionsversehen handelt, und daß es hier statt „Beamter" „Amtsträger" heißen muß, wurde oben begründet. Infolgedessen würde in diesem Paragrafen auch die besondere Hervor-

hebung der mit der Beaufsichtigung von Gefangenen beauftragten Personen überflüssig werden, denn der Ausdruck „Amtsträger" würde auch diese Personen mit umfassen.

Im § 156 Abs. 3 ist hinzuzufügen: Bei Ausübung eines öffentlichen Amtes. § 156 Abs. 3 des E. soll an die Stelle des § 347 Abs. 1 des StGB. treten. (Vergl. Begründung S. 207). Letzterer Paragraph behandelt das Entweichenlassen von Gefangenen durch einen Beamten. Daß es sich auch im § 156 Abs. 3 des E. um ein Amtsdelikt handelt, ergibt sich nicht nur aus der Gegenüberstellung auf S. 207 der Begründung, sondern auch aus der Schwere der Strafdrohung. (Zuchthaus bis zu 5 Jahren.) Dies rechtfertigt den Schluß, daß es sich hier um ein öffentliches Amt handelt, und der Paragraph dementsprechend zu vervollständigen ist.

Im § 394 endlich liegt zweifellos — ebenso wie im § 154 — ein Redaktionsversehen vor, und es muß auch in dieser Vorschrift statt „Beamter" „Amtsträger" heißen.

Eine Gegenüberstellung der Fassung des E. mit der vorgeschlagenen Fassung wird die vorgenannten Änderungsvorschläge am deutlichsten veranschaulichen:

Fassung des E.:	Vorgeschlagene Fassung:
§ 6:	§ 6:
Die Strafgesetze des Reiches gelten, unabhängig von den Gesetzen des Tatortes, für folgende Taten, wenn sie im Ausland begangen werden:	Unverändert.
1.	1.
2. Strafbare Handlungen, die jemand als Träger eines deutschen Amtes, oder die jemand gegen den Träger eines deutschen Amtes während der Ausübung eines Amtes oder in Beziehung auf sein Amt begeht.	2. Strafbare Handlungen, die jemand als Träger eines deutschen öffentlichen Amtes oder die jemand gegen den Träger eines deutschen öffentlichen Amtes während der Ausübung des Amtes oder in Beziehung auf sein Amt begeht.
§ 9:	§ 9:
Im Sinne dieses Gesetzes ist:	Im Sinne dieses Gesetzes ist:
Amtsträger: jeder, der bestellt ist, ein öffentliches Amt auszuüben.	Amtsträger: jeder, der bestellt ist, als Organ der inländischen Staatsgewalt Geschäfte des Staates zu besorgen.
Eventuell:	Eventuell:
Im Sinne dieses Gesetzes ist:	Im Sinne dieses Gesetzes ist:
Amtsträger: jeder, der bestellt ist, ein öffentliches Amt auszuüben.	Amtsträger: jeder, der bestellt ist, ein deutsches öffentliches Amt auszuüben.

Fassung des E.:	Vorgeschlagene Fassung:
§ 141 Abs. 2:	§ 141 Abs. 2:
Ebenso wird bestraft, wer bei der Vertretung des Reiches gegenüber einer auswärtigen Regierung einer amtlichen Anweisung zuwiderhandelt oder in der Absicht, die Reichsregierung irre zu leiten, unwahre Berichte tatsächlicher Art erstattet.	Ebenso wird ein Amtsträger bestraft, der bei der Vertretung usw.
§ 142 Abs. 2:	§ 142 Abs. 2:
Den im Abs. 1 Nr. 2 und 3 bezeichneten Amtsträgern stehen andere Personen gleich, die in einer öffentlichen Zwecken dienenden Telegrafen- oder Fernsprechanstalt mit der Beaufsichtigung oder Bedienung der Anstalt oder mit Arbeiten an ihren Einrichtungen betraut sind.	Zu streichen.
§ 147:	§ 147:
Wer vor einer Behörde eine Prüfung ablegt, um seine Befähigung zu einem Amt oder Beruf nachzuweisen usw.	Wer vor einer Behörde eine Prüfung ablegt, um seine Befähigung zu einem öffentlichen Amt oder zu einem Beruf nachzuweisen usw.
§ 150:	§ 150:
Personen, die zur Unterstützung bei einer Amtshandlung zugezogen oder von der zuständigen Behörde zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung oder Sicher-	Zu streichen.

Fassung des E.:	Vorgeschlagene Fassung:
heit herangezogen werden, stehen einem Amtsträger im Sinne des § 149 gleich.	Zu streichen.
§ 154:	§ 154:
Gefangene, die mit vereinten Kräften einen Anstaltsbeamten oder einen mit ihrer Beaufsichtigung Beauftragten mit Gewalt oder durch Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigen, werden mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten bestraft. Der Versuch ist strafbar.	Gefangene, die mit vereinten Kräften einen Amtsträger einer Gefangenenanstalt mit Gewalt oder durch Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigen, werden mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten bestraft. Der Versuch ist strafbar.
Ebenso werden Gefangene bestraft, die mit vereinten Kräften einen Anstaltsbeamten oder einen mit ihrer Beaufsichtigung Beauftragten tätlich angreifen oder Gewalt gegen solche ausüben. Die Rädelsführer und alle, die selbst einen tätlichen Angriff gemacht oder Gewalt angewendet haben, werden mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren bestraft.	Ebenso werden Gefangene bestraft, die mit vereinten Kräften einen Amtsträger einer Gefangenenanstalt tätlich angreifen oder Gewalt gegen einen solchen verüben.
	Unverändert.
§ 156:	§ 156:
Wer einen Gefangenen befreit, oder ein Entweichen erleichtert, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft. Der Versuch ist strafbar.	Unverändert.
Handelt der Täter in oder bei Ausübung eines Amtes,	Handelt der Täter in oder bei Ausübung eines öf-

Fassung des E.:	Vorgeschlagene Fassung:
so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren.	fentlichen Amtes, so ist die Strafe Zuchthaus bis zu 5 Jahren.
§ 394 Abs. 1:	§ 394 Abs. 1:
Wer als Gast in einer Schankwirtschaft, in den Schankräumen einer Gastwirtschaft oder an einem öffentlichen Vergnügungsort über die Polizeistunde hinaus verweilt, obwohl der Inhaber oder dessen Vertreter oder ein Polizeibeamter ihn aufgefordert hat, wegzugehen, wird mit Geldstrafe bestraft.	Wer als Gast in einer Schankwirtschaft, in den Schankräumen einer Gastwirtschaft oder an einem öffentlichen Vergnügungsort über die Polizeistunde hinaus verweilt, obwohl der Inhaber oder dessen Vertreter oder ein Amtsträger der Polizei ihn aufgefordert hat, wegzugehen, wird mit Geldstrafe bestraft.

Lebenslauf.

Am 25. August 1906 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Dr. Walter Harenburg in Stettin geboren. Ich besitze die preußische Staatsangehörigkeit, und bin evangelischer Konfession. Ich besuchte das Gymnasium in Stargard i. Pom. und bestand hier am 14. März 1925 die Reifeprüfung. Ich studierte die Rechts- und Staatswissenschaft auf den Universitäten Zürich, Freiburg i. Br. und Breslau. Vor der Prüfungskommission des Oberlandesgerichts in Breslau bestand ich am 21. Juli 1929 die erste juristische Staatsprüfung, und am 1. August 1929 vor der Hohen juristischen Fakultät zu Breslau des examen rigorosum. Gegenwärtig bin ich zur Ausbildung am Landgericht in Stargard i. Pom. als Referendar beschäftigt.

Dietrich Harenburg.